Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation

Jürgen Terrahe

1961

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555413_0037

Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation.

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des Rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Jürgen T e r r a h e
aus Rheine (Westf.)

1961

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung:
22. Juli 1961

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation.

1. Kapitel: Einleitung 1

§ 1: Gesetz der zunehmenden Staatstätigkeit 1

§ 2: Die normale Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen 2

§ 3: Entlastung von Staatsorganen durch Einschaltung von Privatrechtssubjekten 5

§ 4: Einordnung und Abgrenzung der Problematik 7

2. Kapitel: Begriffliche Grundlegung 10

§ 5: Zuständigkeit und Kompetenz 10

§ 6: Staatliche Kompetenzen 24

§ 7: Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit 37

3. Kapitel: Konstruktion des Rechtsinstitutes der Beleihung 49

§ 8: Wortbedeutung und Geschichte der Beleihung 49

§ 9: Theorie der Beleihung 56

§ 10: Der Beliehene als Glied der Staatsorganisation 83

§ 11: Beleihung als Erweiterung der Rechtsstellung 100

§ 12: Funktionen des Beliehenen 104

4. Kapitel: Folgerungen aus der Konstruktion der Beleihung 113

§ 13: Beliehener und Organwalter 113

§ 14: Beliehener als Subjekt öffentlicher Verwaltung 122

§ 15: Beleihung und Regalien 128

§ 16: Beleihung und Konzession 150

Literaturübersicht.

ANTONIOLLI, Walter — Allgemeines Verwaltungsrecht
Wien 1954

BACHOF, Otto — Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 12 (1954) S. 37 ff.
(zit. Rechtsstaat)

——— — Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 83 S. 208 ff.

BECKER, Erich — Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band I S. 113 ff.
herausgegeben von Hans Peters
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956
(zit. Peters Handbuch I)

BELOW, Georg v. — Der deutsche Staat des Mittelalters
I. Band, Die allgemeinen Fragen
Leipzig 1914
(zit. Staat des Mittelalters)

BERNATZIK, Edmund — Rechtsprechung und materielle Rechtskraft
Wien 1886
(zit. Rechtsprechung)

——— — Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 5 S. 169 ff.

BETTERMANN, Karl August — Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7.11.1957
In: Deutsches Verwaltungsblatt 1958
S. 864 ff. = 867 f.

BIERLING, Ernst Rudolf — Juristische Prinzipienlehre
I. Band Freiburg, Leipzig 1894
(zit. Prinzipienlehre)

——— — Kritik der juristischen Grundbegriffe
II. Band Gotha 1883
(zit. Kritik)

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang — Gesetz und gesetzgebende Gewalt
Berlin 1958
(zit. Gesetz)

BÖHME, Ernst — Staat und Selbstverwaltung
In: Recht, Staat und Wirtschaft
Band I S. 111 ff.
Stuttgart-Köln 1950
(zit. Staat)

BOYENS, Walter — Verlust des Grundeigentums
In: Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts Abschnitt XVIII S. 981 ff.
Köln 1932

BRAND, Jürgen — Die Rechtsstellung des Beliehenen
Dissertation Münster 1953

BRUNE, Erwin — Der Rechtscharakter der Nutzungsverhältnisse bei der Personenbeförderun im Linienverkehr
Dissertation Münster 1959

BRUNNER, Otto — Land und Herrschaft
2. Aufl. Brünn, München-Wien 1943
(zit. Land und Herrschaft)

BÜHLER, Ottmar — Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts
In: Festgabe für Fritz Fleiner
S. 26 ff.
Tübingen 1927
(zit. Subjektives öffentl. Recht)

BÜHLER, Werner	Begriff und Formen der öffentlichen Anstalt als verwaltungsrechtlichem Institut Dissertation Aarau 1928
BURCKHARDT, Walther	Organisation der Rechtsgemeinschaft Basel 1927 (zit. Organisation oder Rechtsgemeinschaft)
CANTNER, Walter	Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch private Unternehmer Dissertation Tübingen 1932
CLAUSSEN, Carsten-Peter	Die Besteuerung und Monopolisierung der deutschen Zündholzindustrie Dissertation Köln 1955
CROME, Karl	System des deutschen Bürgerlichen Rechts Band I, Einleitung und Allgemeiner Teil Tübingen-Leipzig 1900 (zit. System)
EISER, Ernst RIEDERER, Johann	Energiewirtschaftsrecht 2. Aufl. München-Berlin 1954
ELSTER, Alexander	Artikel: öffentlich und Öffentlichkeit In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Band IV S. 256 ff. herausgegeben von Stier-Somlo und Elster Berlin-Leipzig 1927
ENDEMANN, Friedrich	Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches 5. Aufl. Berlin 1899 (zit. Endemann I)
ENGLÄNDER, Konrad	Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I. Teil Berlin 1914 (zit. Rechtsgemeinschaft)
ENNECCERUS-KIPP-WOLFF	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band, Allgemeiner Teil, bearb. von Nipperdey 14. Aufl. Tübingen 1952

ERMAN, Walter — Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Aufl. Münster 1958

FLEINER, Fritz — Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts
1. Aufl. Tübingen 1911
4. Aufl. Tübingen 1919
8. Aufl. Tübingen 1928
(zit. Institutionen)

FLESSA, Richard — Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes
In: Deutsches Verwaltungsblatt 1957
S. 81 ff. und S. 118 ff.

FORSTHOFF, Ernst — Lehrbuch des Verwaltungsrechts
I. Band, Allgemeiner Teil
6. Aufl. München-Berlin 1956
7. Aufl. München-Berlin 1958
(zit. Lehrbuch)

——— — Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat
Tübingen 1931
(zit. Körperschaft)

——— — Die Verwaltung als Leistungsträger
Stuttgart-Berlin 1938
(zit. Leistungsträger)

——— — Die Daseinsvorsorge und die Kommunen
Köln-Marienburg 1958
(zit. Daseinsvorsorge)

——— — Rechtsfragen der leistenden Verwaltung
Stuttgart 1959
(zit. Rechtsfragen)

FRANK, Ernst
VOSS, Ernst — Der Güternahverkehr im Güterkraftverkehrsgesetz
Textausgabe des GüKG von 1952 mit Erläuterungen zu den besonderen Bestimmungen über den Güternahverkehr
Bielefeld 1952
(zit. Güternahverkehr)

FRIEDRICHS, Karl — Artikel: Zuständigkeit
In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft IV. Band S. 1065 ff. herausgegeben von Stier-Somlò und Elster
Berlin-Leipzig 1929

GAREIS, Karl — Allgemeines Staatsrecht
In: Handbuch des öffentlichen Rechts I. Band, Allgemeiner Teil, 1. Halbband herausgegeben von Marquardsen
Freiburg und Tübingen 1883

GERBER, C.F. von — Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts
3. Aufl. Leipzig 1880
(zit. Grundzüge)

GERBER, Hans — Vom Begriff und Wesen des Beamtentums
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 18 nF S. 1 ff.

——— — Diskussionsbeitrag zum Thema: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalten
In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 6 S. 152 ff. 1929

GIERE, Gustav — Die allgemeine Verwaltung
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band II S. 7 ff herausgegeben von Hans Peters
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
(zit. Peters Handbuch II)

GIERKE, O. von — Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft
In: Schmollers Jahrbuch Band 7 S. 1097 ff. (1883)

——— — Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung
Berlin 1887
(zit. Genossenschaftstheorie)

——— — Deutsches Privatrecht Band I, II, III
Leipzig 1895, 1905, 1917

GIESE, Friedrich — Staatsrecht
Wiesbaden 1956

GIGER, Georg — Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben
Bern 1951
(zit. Mitwirkung)

GLASER, Kurt — Verwaltungstechnik
Frankfurt 1950

GÖRG, Hubert — Kommunales Dienstrecht
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
herausgegeben von Hans Peters
Band II S. 44 ff.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957

GRIMM, Jakob und Wilhelm — Deutsches Wörterbuch
Leipzig 1854-1922

HAENEL, Albert — Studien zum deutschen Staatsrecht
Band II, 2: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne
Leipzig 1888
(zit. Studien)

——— — Deutsches Staatsrecht Band I
Leipzig 1892
(zit. Staatsrecht)

HAMANN, Andreas — Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung
In: Neue Juristische Wochenschrift
1956 S. 1 ff.

HATSCHEK, Julius — Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche
In: Verwaltungs-Archiv Band 7
S. 424 ff. (1899)

——— — Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts 7./8. Aufl.
herausgegeben von Paul Kurtzig
Leipzig 1931
(zit. Lehrbuch)

HEDEMANN, Justus W. — Einführung in die Rechtswissenschaft
2. Aufl. Berlin-Leipzig 1927
(zit. Einführung)

HELFRITZ, Hans — Allgemeines Staatsrecht
5. Aufl. Detmold 1949
(zit. Staatsrecht)

HERRNRITT, Rudolf Hermann — Grundlehren des Verwaltungsrechtes
Tübingen 1921
(zit. Grundlehren)

HETTLAGE, Karl Maria — Artikel: Anstalt
In: Staatslexikon
herausgegeben von der Görres-gesellschaft
I. Band S. 351 ff.
Freiburg 1957

HEUMANN-SECKEL — Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts
9. Aufl. Jena 1907

HEUSLER, Andreas — Institutionen des deutschen Privatrechts I. Band
Leipzig 1885
(zit. Institutionen)

HEYLAND, Karl — Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat
Berlin 1949
(zit. Berufsbeamtentum)

HIRSCH, Hans Christoph — Die Übertragung der Rechtsausübung
I. Teil
Berlin 1910
(zit. Übertragung)

HOLLING, Werner — Verwaltung und Verwaltungsrecht
Berlin 1947
(zit. Verwaltungsrecht)

HUBER, Ernst Rudolf — Wirtschaftsverwaltungsrecht I. und II. Band
Tübingen 1932
2. Aufl. Tübingen 1953, 1954

——— — Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts
Berlin 1935
(zit. Grundbegriffe)

HUBER, Ernst Rudolf — Einheit und Gliederung des völkischen Rechts
In: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften Band 98 (1938) S. 310 ff.

——— — Beliehene Verbände
In: Deutsches Verwaltungsblatt 1952 S. 456 ff.

——— — Selbstverwaltung der Wirtschaft
Stuttgart 1958
(zit. Selbstverwaltung)

HÜBNER, Rudolf — Grundzüge des deutschen Privatrechts
5. Aufl. Leipzig 1930
(zit. Grundzüge)

HUECK, Götz — Die Betriebsvereinbarung nach dem Betriebsverfassungsgesetz des Bundes
In: Recht der Arbeit 1952 S. 366 ff.

HURST, Karl — Gemeindeeinrichtungen
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis herausgegeben von Hans Peters Band II S. 833 ff.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957

IPSEN, Hans Peter — Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben
In: Festgabe für Erich Kaufmann (1950) S. 141 ff.
Stuttgart-Köln

JELLINEK, Georg — System der subjektiven öffentlichen Rechte
Tübingen 1919
(zit. System)

——— — Allgemeine Staatslehre
3. Aufl. 1914, Sechster Neudruck 195
Berlin
(zit. Staatslehre)

JELLINEK, Walter — Verwaltungsrecht
3. Aufl. Offenburg 1948

JERUSALEM, Franz W. — Grundriss des Verwaltungsrechts
Frankfurt/M. 1947
(zit. Grundriss)

JEZE, Gaston — Das Verwaltungsrecht der französischen Republik
Tübingen 1913
(zit. Verwaltungsrecht)

KAHLER, Hildegard — Delegation hoheitsrechtlicher Zuständigkeiten
Dissertation Greifswald 1933

KAUFMANN, Erich — Artikel: Verwaltung, Verwaltungsrecht
In: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Band III S. 688 ff. 2. Aufl. herausgegeben von Fleischmann
Tübingen 1914

——— — Diskussionsbeitrag zum Thema: Schutz des öffentlichen Rechts
In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 2 S. 114 ff (1925)

KELSEN, Hans — Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 31 S. 53 ff., 190 ff.(1913)

——— — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz
2. Aufl. Tübingen 1923
(zit. Hauptprobleme)

——— — Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925
(zit. Staatslehre)

KLEIN, Friedrich — Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht. Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht
In: Wissenschaftliche Schriftenreihe des Institutes zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten Band XII S. 7 ff. und 79 ff.
Frankfurt 1952
(zit. Übertragung)

KLEIN, Karl Heinz — Die Übertragung von Hoheitsrechten
Berlin 1952
(zit. Übertragung)

KLÜBER, Hans — Unterwerfungsverhältnisse im deutschen Staatsrecht
In: Verwaltungs-Archiv Band 40 (1935) S. 113 ff.

KOELLREUTTER, Otto — Grundfragen des Verwaltungsrechts
Köln-Berlin 1955
(zit. Grundfragen)

KÖHLER, Ludwig v. — Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts
2. unveränd. Neudruck Stuttgart 1936
(zit. Grundlehren)

KÖTTGEN, Arnold — Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt
In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 6 S. 105 ff.
Berlin-Leipzig 1929

——— — Die rechtsfähige Verwaltungseinheit
Berlin 1939
(zit. Verwaltungseinheit)

——— — Referat über "Leibholz, Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems"
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 19 nF S. 290 ff.

——— — Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht
In: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 59
Tübingen 1928
(zit. Erwerbswirtschaftl. Betätigung)

——— — Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis herausgegeben von Hans Peters Band I S. 185 ff.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956

KÖTTING, Johannes — Über den Begriff der öffentlichen Verwaltung
Dissertation Münster 1957

KORMANN, Karl — System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte
Berlin 1910
(zit. System)

——— — Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts
In: Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Jahrgang 1911 S. 850 ff.
München-Berlin

——— — Einführung in die Praxis des Deutschen Verwaltungsrechts
2. Aufl. bearb. und vollendet von Friedrich List
Tübingen 1930
(zit. Einführung)

KRABBE, Hugo — Die moderne Staatsidee
2. Ausgabe Haag 1919

KRAWINKEL, Hermann — Zur Entstehung des Lehnswesens
Weimar 1936
(zit. Lehnswesen)

KÜCHENHOFF, Günther u.Erich — Allgemeine Staatslehre
3. Aufl. Stuttgart 1957
(zit. Staatslehre)

LABAND, Paul — Das Staatsrecht des Deutschen Reiches
Band I : Entstehung, Grundlagen, Organisation
Band III: Auswärtige und innere Angelegenheiten
5. Aufl. Tübingen 1911-1914

LAFORET, Wilhelm — Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937

LAYER, Max — Prinzipien des Enteignungsrechts
Leipzig 1902
(zit. Prinzipien)

LEHMANN, Heinrich — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
9. Aufl. Berlin 1955
(zit. Allgemeiner Teil)

LINCKELMANN, Karl — Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der "mittelbaren Staatsverwaltung"
In: Die öffentliche Verwaltung 1959 S. 561 ff.

LIST, Friedrich — Verwaltungsrecht technischer Betriebe
2. Aufl. Baden-Baden 1955

LOENING, Edgar — Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts
Leipzig 1884
(zit. Verwaltungsrecht)

LUEKE, Gerhard — Die Verwertung der gepfändeten Sache durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher
In: Neue Juristische Wochenschrift 1954 S. 254 ff.

LUKAS, Josef — Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der konstitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches
Graz 1901
(zit. Die rechtliche Stellung)

MAUNZ, Theodor — Verwaltung
Hamburg 1937

MAYER, Otto — Referat über Rosin "Das Recht der öffentlichen Genossenschaft"
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 1 S. 715 ff.

——— — Deutsches Verwaltungsrecht
Band I und II
3. Aufl. München 1924
1. Aufl.

MELICHAR, Erwin — Institutionelle und personelle Zuständigkeitsordnung
In: Veröffentlichungen der Görresgesellschaft, Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft S.213 ff.
Paderborn 1950
(zit. Zuständigkeitsordnung)

MENGER, Christian Friedrich — Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen Parteien
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 78 (1952) S. 149 ff.

——— — Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
In: Verwaltungs-Archiv 1958 S.272 ff.

MERKL, Adolf — Allgemeines Verwaltungsrecht
Wien-Berlin 1927
(zit. Verwaltungsrecht)

MEYER, Georg — Artikel: Zuständigkeit
In: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel, 2. Aufl., herausgegeben von Fleischmann, III. Band S. 1026 ff.
Tübingen 1914

——— — Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts
7. Aufl., bearb. von Gerhard Anschütz
München-Leipzig 1919
(zit. Meyer-Anschütz)

——— — Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats
In: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C.S. Grünhut Band 8 (1881) S. 1 ff.
(zit. Begriff)

MITTEIS, Heinrich — Lehnrecht und Staatsgewalt
Weimar 1933
(zit. Lehnrecht)

MOLITOR, Erich — Über öffentliches Recht und Privatrecht
Karlsruhe 1950

MUNTZKE-SCHLEMPP — Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung I. Band
Bad Homburg-Berlin 1954

NAWIASKY, Hans — Allgemeine Rechtslehre
2. Aufl. Zürich-Köln 1948

NEBINGER, Robert — Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil
2. Aufl. Stuttgart 1949

NELSON, Leonhard — System der philosophischen Rechtslehre und Politik
Göttingen 1923
(zit. System)

NEUMARK, Fritz — Artikel: Regalien
In: Handwörterbuch der Staatswissenschaften
herausgegeben von Ludwig Elster, Adolf Weber und Friedrich Wieser
Band VI S. 1208 ff.
4. Aufl. Jena 1925

NORDSIECK, Fritz — Organisation und Aktenführung der Gemeinden
4. Aufl. Stuttgart-Köln 1949
(zit. Organisation)

OBERMAYER, Klaus — Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt
München-Hannover 1956
(zit. Verwaltungsakt)

——— — Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden
In: Juristenzeitung 1956 S. 625 ff.

——— — Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes
In: Deutsches Verwaltungsblatt 1959 S. 354 ff.

——— — Die Rechtsverordnung im formellen Sinne im Bayerischen Landesrecht
In: Die öffentliche Verwaltung 1954 S. 73 ff.

OTTO, W. — Der Beamte als Träger der Staatshoheit
In: Zeitschrift für Beamtenrecht 1956 S. 233 ff.

PETERS, Hans — Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
(zit. Lehrbuch)

PETERS, Hans — Grenzen der kommunalen Selbstverstaltung in Preussen
Berlin 1926
(zit. Grenzen)

POTSCHTER, Oscher — Wesen und Recht der Konzession in Deutschland und Sowjetrussland
Dissertation Jena 1928

PREUSS, Hugo — Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität
In: Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband Band II S. 197 ff.
Tübingen 1908
(zit. Selbstverwaltung)

——— — Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie
Berlin 1889
(zit. Gemeinde)

——— — Über Organpersönlichkeit
In: Schmollers Jahrbuch Band 26 (1902) S. 557 ff.

RADBRUCH, Gustav — Der Mensch im Recht
Göttingen 1957

RASCH, Ernst — Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten
In: Die öffentliche Verwaltung 1957 S. 337 ff.

RICHTER, Lutz — Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt
In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 6 S. 69 ff.
Berlin-Leipzig 1929

RIETDORF, Fritz — Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der "mittelbaren Staatsverwaltung"
In: Die öffentliche Verwaltung 1959 S. 671 ff.

ROSIN, Heinrich — Das Recht der öffentlichen Genossenschaft
Freiburg 1886
(zit. Genossenschaft)

RUSSEL, Cläre — Reich und Kreditwesen. - Die öffentlichen Rechtsformen der deutschen Kreditwirtschaft
In: Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften Band 96 (1936) S. 175 ff.

SALZWEDEL, Jürgen — Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages
Berlin 1958
(zit. Grenzen)

SAVIGNY, Friedrich Carl v. — System des heutigen römischen Rechts
Band I: Rechtsquellen
Berlin 1840

SCUPIN, Hans Ulrich — Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland
In: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis herausgegeben von Hans Peters Band II S. 606 ff.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957

SCHEUNER, Ulrich — Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung
In: Die öffentliche Verwaltung 1952 S. 609 ff.

SCHLOSSMANN, Siegmund — Organ und Stellvertreter
In: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Band 44 (1902) S. 289 ff.

SCHLUTIUS, Wolfgang — Echte Konzession und öffentliches Unternehmen
Dissertation Jena 1934

SCHMELLER, Theodor — Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Unternehmungen
Dissertation München 1934

SCHOEN, Paul — Deutsches Verwaltungsrecht - allgemeine Lehren und Organisation
In: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet v. Franz v. Holtzendorff, 7., der Neubearbeitung 2. Aufl.
herausgegeben von Josef Kohler
IV. Band
München-Leipzig-Berlin 1914

SIEBERT, Wolfgang — Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis
Marburg 1933
(zit. Treuhandverhältnis)

SIMONS, Tula — Der Aufbau der Kohlenwirtschaft nach dem Kohlenwirtschaftsgesetz vom 23.3.1919
In: Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 20
Bonn und Köln 1931
(zit. Kohlenwirtschaft)

SPAHN, Franz Josef — Die Einschaltung der Kreditinstitute bei Eingliederungsdarlehen nach dem Lastenausgleichsgesetz
Frankfurt/M. 1958
(zit. Einschaltung)

SPANNER, Hans — Organisationsgewalt und Organisationsrecht
In: Die öffentliche Verwaltung 1957 S. 640 ff.

SPRENGEL — Zur Stellung der mit der Verwaltung der Umstellungsgrundschulden beauftragten Institute
In: Juristenzeitung 1952 S. 138 ff.

STERN, Klaus — Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 84 S. 137 ff., S. 273 ff.

STIER-SOMLO, Fritz — Artikel: Konzessionen
In: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
herausgegeben von Fritz Stier-Somlò und Alexander Elster
Band III S. 715 ff.
Berlin-Leipzig 1928

STOLZ, Otto — Über den Begriff Regalien in der österreichischen Geschichte
In: Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte herausgegeben von Hermann Aubin Band 39 (1952) S. 152 ff.
Wiesbaden
(zit. Regalien)

STRATENWERTH, Günter — Verantwortung und Gehorsam
Tübingen 1958
(zit. Verantwortung)

THIEME, Hans — Die Funktionen der Regalien im Mittelalter
In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 62. Band S. 57 ff.
Weimar 1942
(zit. Regalien)

TRIEPEL, Heinrich — Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Stuttgart-Berlin 1942
(zit. Delegation)

TUREGG, Kurt Egon v. — Lehrbuch des Verwaltungsrechts
3. Aufl. Berlin 1956
(zit. Lehrbuch)

VOGEL, Klaus — Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand
Hamburg 1959
(zit. Wirtschaftseinheiten)

WACH, Adolf — Handbuch des deutschen Civilprozessrechts I. Band
In: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft herausgegeben von Karl Binding 9. Abteilung, 2. Theil, 1. Band
Leipzig 1885
(zit. Civilprozessrecht)

WAITZ, Hans Wolrad — Die Entwicklung des Begriffs der Regalien vom Ende des 16. bis zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts
In: Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 10
Frankfurt 1939
(zit. Regalien)

WALINE, M. — Droit Administratif
8. Aufl. Paris 1959

WALZ, Gustav Adolf — Vom Wesen des öffentlichen Rechts
Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht Heft 15
Stuttgart 1928

WEBER, Werner — Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts
2. Aufl. München-Berlin 1943
(zit. Körperschaften)

——— — Selbstverwaltung und Staatsverwaltung in der Wasserwirtschaft
In: Veröffentlichungen des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft Heft 1 S. 34 ff.
Bonn 1955
(zit. Selbstverwaltung)

WEIGAND, Friedrich Ludwig Karl — Wörterbuch der deutschen Synonymen
2. Ausgabe Mainz 1852

WEYR, Franz — Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 23 (1908) S. 529 ff.

WICK, Georg v. — Kompetenzwahrnehmung im Bereich der Bundesregierung
Dissertation Münster 1957

WINGBERMÜHLE, Hans — Die Wahrnehmung staatlicher Zuständigkeiten durch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
Dissertation Münster 1957

WOLFF, Hans J. — Allgemeines Verwaltungsrecht, Vorlesungsmanuskript
Münster 1948
(zit. Verwaltungsrecht)

——— — Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht
In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 76 S. 205 ff.

——— — Verwaltungsrecht Band I - Kurzlehrbuch
3. Aufl. München-Berlin 1959
(zit. Verwaltungsrecht I)

WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht Band II (Manuskript)
(zit. Verwaltungsrecht II)

——— Organschaft und Juristische Person
Band I: Juristische Person und
Staatsperson
Berlin 1933
(zit. Staatsperson)

——— Organschaft und Juristische Person
Band II: Theorie der Vertretung
Berlin 1934
(zit. Vertretung)

Abkürzungen.

Ann.d. DtR	Annalen des Deutschen Reiches
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EG BGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HböGR	Handbuch des gesamten öffentl. Grundstücksrechts
HWdRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo-Elster
JheringsJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Früher: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
JZ	Juristenzeitung
JW	Juristische Wochenschrift
LitUrhG	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur vom 19. 6. 1901
MSchG	Mieterschutzgesetz
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
VerwArch	Verwaltungs-Archiv

VGVO .	Verordnung Nr. 165 der Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
VVDSTrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WbStaVR	Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (Fleischmann-Stengel)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften

1. Kapitel: E i n l e i t u n g .

§ 1: Gesetz der zunehmenden Staatstätigkeit.

Theorie und Wirklichkeit des Staates sind gegenwärtig gekennzeichnet durch eine Ausdehnung des öffentlichen Aufgabenkreises[1]. Dabei handelt es sich vornehmlich um eine gegenständliche Ausweitung der V e r w a l t u n g s aufgaben des Staates.

In gleichem Maß wie dem modernen Staatsbürger auf Grund seiner gesamten Lebensweise eigene Quellen der Lebensgüter nicht mehr unmittelbar zur Verfügung stehen, steigt seine s o z i a l e Bedürftigkeit[2]. Nachdem früher die Daseinsverantwortung[3] zunächst ein individuelles, dann ein kollektives (Verbands-) Problem war, fällt sie in neuerer Zeit in erhöhtem Maß dem Staat zu[4]. Dem Staat obliegt es, entsprechend der hochgradigen Versorgungsbedürftigkeit des einzelnen, durch sein Eingreifen jedem Staatsbürger die unbedingt notwendi-

---

1) KÖTTGEN, Verwaltungseinheit S.5; WOLFF, Verwaltungsrecht I § 3 III; FORSTHOFF, Rechtsfragen S. 31;
z.B. die Folgen des verlorenen Krieges, die allgemeine Zerstörung der Produktionsmittel und Erzeugungsstätten, sowie des Wohnraums, die Unterbringung und Eingliederung der Vielzahl von Flüchtlingen.
2) FORSTHOFF, Leistungsträger S. 5.
3) Der Begriff der Daseinsverantwortung bei FORSTHOFF, Leistungsträger S.6; derselbe, Rechtsfragen S. 32
4) Über die Pflichtsubjektivität des Staates hinsichtlich der Daseinsvorsorge siehe FORSTHOFF, Rechtsfragen S. 31; BRUNE S. 47.

gen Lebensgüter - soweit der Staat selbst dazu im Stande ist - zur Verfügung zu stellen. Da es dabei um die Lebensbehauptung jedes einzelnen geht, trägt der Staat heute die Sorge dafür, daß der einzelne überhaupt leben kann[1].

Durch diesen Zuwachs an Verantwortung hat der Staatszweck eine inhaltliche Erweiterung erfahren. Dieser Zuwachs hat in allen staatlichen Funktionen seinen Niederschlag gefunden, so daß im aktuellen Schrifttum vielfach von einem sozialen Gesetz zunehmender Staatstätigkeit die Rede ist[2].

Die Erweiterung des staatlichen Aufgabenkreises bewirkte eine entsprechende Ausweitung der Staatsorganisation. Insbesondere war für die Verwaltung als dem vornehmlichen Träger dieser neuen Aufgaben eine Ausdehnung ihrer Institutionen unvermeidbar[3].

§ 2: Die normale Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen.

Der Staat ist als rechtstechnisch verselbständigter, personifizierter Personenverband zwar rechtssubjektiv und rechtsfähig[4], nicht aber ist

---

1) vgl. FORSTHOFF, Leistungsträger S. 8; derselbe, Daseinsvorsorge S. 7: "Der moderne Mensch ohne beherrschten Lebensraum lebt nicht mehr nur im Staat, sondern im wesentlichen vom Staat".
2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 3 III f mit Hinweis auf Adolf WAGNER und Franz OPPENHEIMER.
3) KÖTTGEN, VVDStrL Heft 6 S. 106 f. - Über die Mehrbelastung des Gesetzgebers vgl. TRIEPEL, Delegation S. 119.
4) Auf die dogmatische Problematik der Rechtssubjektivität und Rechtsfähigkeit des Staates kann hier nicht eingegangen werden. Insoweit beruhen die hier vertretenen Auffassungen auf den Erkenntnissen von WOLFF, Staatsperson S. 351 ff.; vgl. auch G. JELLINEK, Staatslehre S. 169 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen und Darstellung der dogmengeschichtlichen Entwicklung.

er selbst r e c h t s e l e m e n t a r willens- und handlungsfähig[1]. Damit für den Staat Rechtswirkungen ausgelöst werden, bedarf es natürlicher Personen, die für den Staat Rechtshandlungen vornehmen.

Im Rahmen der staatlichen Organisation sind die Zuständigkeiten zur Wahrnehmung der Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen des Staates komplex zusammengefaßt und apersonal verfaßten Institutionen zugewiesen. Diese Zuständigkeitskomplexe bezeichnet man als O r g a n e [2]. Organe in diesem Sinne sind durch organisatorisches Gesetz gebildete, institutionelle, eigenständige Subjekte von Wahrnehmungszuständigkeiten[3].

Obwohl die Organe normativ zuständig sind zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen, fehlt es ihnen als r e c h t s t e c h n i s c h e n Subjekten dennoch an einer eigenen Willens- und Handlungsfähigkeit[4]. Da nur natürliche Personen über

---

1) An der Unfähigkeit zu eigener Willensbildung ändert nichts die Parallelität gewisser psychischer Prozesse des Volkes als einer sozialpsychologischen Realität (Gesamtwille, Massenseele), vgl. KELSEN, Staatslehre S. 9 ff.

2) Über die allgemeine Problematik der Verwendung des Organbegriffs innerhalb einer Organisation, nicht also eines Organismus, siehe WOLFF, Vertretung S. 224 ff.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht II (Manuskript) § 74 I; ähnlich in AöR Band 76 S. 210. Dieser normative Organbegriff ist im Vergleich zu den biologischen, technischen und sozialen Sinnbedeutungen des Wortes sehr viel enger. G. JELLINEK, System S. 225 identifiziert den Staat und seine Organe: "denkt man die Organe weg, so ist auch die Vorstellung des Staates selbst verschwunden." Vgl. auch derselbe, Staatslehre S. 560.

4) Das gilt jedoch nur für das institutionalisierte Organ, nicht also, wenn man - wie früher im Schrifttum - von der personellen Organschaft ausgeht.

diese Fähigkeiten verfügen[1], bedient sich das Organ zur Wahrnehmung der organschaftlichen Kompetenzen der sogenannten O r g a n w a l t e r , d.h. handlungsfähiger Menschen.

Diese Organwalter[2] stehen zum Staat allermeist in einem festen Anstellungsverhältnis, demzufolge sie zu bestimmten Leistungen berechtigt und verpflichtet sind. Je nach Art der Anstellung unterscheidet man zwischen staatlichen Beamten, Angestellten und Arbeitern.

---

1) Das beruht auf der ontologischen, (individual-) psychischen Einsicht und Fähigkeit zur Willensbildung, die nur natürlichen, nicht aber künstlichen, weil nur gedachten, Personen eigen ist.

2) Zum Begriff des Organwalters schreibt WOLFF, Verwaltungsrecht S. 139: "Diese Menschen, welche die dem Organ zugewiesenen und ihm darum 'zustehenden' Angelegenheiten berechtigterweise namens des Organs versehen (dessen Verpflichtungen und Berechtigungen haben und dessen Geschäfte führen) sind insofern die Organwalter." Vgl. G. und E. KÜCHENHOFF, Staatslehre S. 70, 71 ff., 85 ff., 126 f., 178 ff. - Vom handlungsfähigen Organ spricht KORMANN, Ann. d. R. 1911 S. 865. Auch HAENEL, Studien S. 221 differiert terminologisch, indem er vom individuellen Wollen und Handeln der Organe spricht: "Nur in den Organen besteht, will und handelt der Staat". Er gibt auch im Staatsrecht I S. 780 zu erkennen, daß unter Organ Individuen begriffen werden. Die Institution bezeichnet er als Organfunktion.- Vom willensfähigen Organ spricht auch G. JELLINEK, System S. 225, wiewohl er an anderer Stelle (S. 231) zwischen der Organschft und den diese tragenden Individuen unterscheidet. So auch derselbe, Staatslehre S. 559 f. Wegen der Verwechslung von Organen und Organwaltung im Schrifttum: WOLFF, Vertretung S. 247, insbesondere wegen der Inkonsequenz von G. JELLINEK S. 227 Anm. 5.

Neben den Organen gibt es sogenannte G l i e - d e r der Staatsorganisation. Darunter begreift man eigenständige Rechtspersonen, die - vom Staat zu eigener Verantwortlichkeit - übertragene oder staatliche Angelegenheiten im e i g e n e n Namen wahrnehmen. Die Rechtswirkung gliedschaftlicher Rechtshandlungen wird nicht dem Staat, sondern nur und endgültig dem Glied zugeordnet. Das Glied der Staatsorganisation ist demnach nur Funktionseinheit des Staates, nicht also dessen rechtlicher Vertreter.

Glieder unterscheiden sich von den Organen in ihrer rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Selbständigkeit. Sie sind dem Staat als sogenannte "rechtsfähige Verwaltungseinheiten"[1] lediglich funktional angegliedert.

§ 3: Entlastung von Staatsorganen durch Einschaltung von Privatrechtssubjekten.

In dem Bedürfnis nach Entlastung des unmittelbar staatlichen Verwaltungsapparates[2] und zum Zweck sachgerechter Erledigung staatlicher Angelegenheiten hat der Gesetzgeber außer den staatlichen Organen und juristischen Personen des öffent-

1) Der Begriff wurde von KÖTTGEN geprägt im Anschluß an den Terminus "rechtsfähige Verwaltung" von O. MAYER. Er hat erst im Zusammenhang mit der Typisierung der "mittelbaren Staatsverwaltung" allgemeine Verwendung gefunden, vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 149.

2) IPSEN, Indienstnahme S. 141 weist auf den Mangel verwaltungseigener Mittel und die mit der Einschaltung von privaten Unternehmungen verbundene Schonung der persönlichen und sachlichen Kräfte der Verwaltung hin. Vgl. auch BRAND, Diss. S. 34, 52.

lichen Rechts P r i v a t r e c h t s s u b j e k t e zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen eingeschaltet[1].

Unter Privatrechtssubjekten in diesem Sinne sind alle diejenigen sozialen Substrate zu verstehen, die - zumindest bis zu dem Zeitpunkt der Einräumung der Zuständigkeit zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen - ausschließlich Subjekte privatrechtlicher Rechtssätze sind[2]. Damit bleiben ausgeklammert die Subjekte öffentlich-rechtlicher Rechtssätze, welche im Regelfall - neben dieser öffentlich-rechtlichen Rechtssubjektivität - auch Zuordnungssubjekt privatrechtlicher Rechtssätze sind, wie z.B. Gebietskörperschaften oder andere Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts[3]. Maßgeblich ist demnach die Ausschließlichkeit der Subjektivität von privatrechtlichen Rechtssätzen.

Die Einschaltung von Privatrechtssubjekten im Rahmen der staatlichen Organisation beschränkt sich keineswegs auf die Wahrnehmung privatrechtlicher Kompetenzen des Staates[4]. Nicht selten begegnet man der Rechtserscheinung, daß Privatrechts-

---

1) Über die Notwendigkeit dieser Einschaltung KÖTTGEN in VVDStrL Heft 6 S. 107.
2) Auf die unterschiedliche Qualität der Rechtssätze hat insbesondere WOLLFF in AöR Band 76 S. 207 ff. hingewiesen. Entscheidend für die Qualität eines Rechtssatzes ist die Art der beteiligten Subjekte.
3) Selbst der Staat als Prototyp eines Hoheitssubjektes ist daneben Subjekt von Privatrechtssätzen. Als Vermögensträger oder Wirtschaftssubjekt fungieren diese genannten Institutionen als Privatrechtssubjekte.
4) z.B. im Wege der Verpachtung staatlicher Domänen, Brauereien oder anderer staatlicher Erwerbsbetriebe.

subjekte unter Anwendung hoheitlicher Rechtsmittel tätig werden, indem sie beispielsweise Verwaltungsakte oder schlechthin einseitige Anordnungen erlassen, Befehle erteilen, gebieten oder verbieten, öffentlich-rechtlich kontrahieren, ohne daß es sich bei ihnen um staatliche Beamte handelt[1]. Die Qualität der Zuständigkeit dieser für den Staat handelnden Privatrechtssubjekte ist, wie sich herausstellen wird, unterschiedlich im Vergleich zu derjenigen der Walter staatlicher Organe.

§ 4: Einordnung und Abgrenzung der Problematik.

Es ist Aufgabe dieser Untersuchung, die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation systematisch zu erfassen.

Dieses Ziel erfordert die Überwindung terminologisch-begrifflicher Unklarheiten, die im Bereich des öffentlichen Rechts immer wieder Anlaß zu Mißverständnissen und - oftmals voreiliger - Kritik geben[2]. Insbesondere leidet die - ohnehin bisher unzulänglich entwickelte - Lehre von der rechtlichen Organisation des Staates[3] an der Verwendung

---

1) z.B. Schiffskapitän (im Personenstandsgesetz von 1875 "Schiffer" genannt), private öffentliche Schulen, nach § 25 Bundesjagdgesetz bestätigte Jagdaufseher, Forst- und Feldhüter, technische Überwachungsvereine, Fleischbeschauer, private Kreditinstitute (Einziehung von Falschgeld, Entschädigungsverfahren für Altsparer, Wertpapierbereinigung, Devisenbewirtschaftung, Währungsausgleich für Sparguthaben Vertriebener).

2) Über die Uneinigkeit der wissenschaftlichen Terminologie bezüglich des Staates und seiner Organisation vgl. KELSEN, Staatslehre S. 3.

3) Man beachte gerade in diesem Zusammenhang den unbeendeten Lehrstreit über den organisationsrechtlichen Begriff der "mittelbaren Staatsverwaltung". Einen Einblick in die Streitentwicklung und den derzeitigen Stand vermitteln LINCKELMANN, DöV 1959 S.561 ff. und RIETDORF, DöV 1959 S. 671 ff.

unterschiedlicher Begriffe und Bezeichnungen. Der - teilweise auch daraus - entstandene Widerstreit der Meinungen könnte nutzbringender ausgetragen werden, wenn sich Gesetzgeber und wissenschaftliche Autoren auf den Gebrauch eindeutig gefaßter Begriffe und Begriffssysteme einigen würden. Das aber erfordert eine klare und übersichtliche Darstellung der zugrundegelegten Begriffsinhalte und für terminologische Neubildungen eine wortlogische und systemgerechte Konstruktion. Erst eine einsichtige und minimal mehrdeutige Begriffskonzeption gibt eine Gewähr für erfolgreiche Erörterung, Darstellung und Auseinandersetzung. Diesem Anliegen dient eine verhältnismäßig umfangreiche begriffliche Grundlegung, die sich gerade bei der Rechtskonstruktion der Beleihung als notwendig erweist, weil das vorhandene System durch begriffliche Unschärfe gekennzeichnet ist.

Den Beliehenen kann man begrifflich von verschiedenen rechtlichen Aspekten erfassen, so z.B. unter dem Gesichtspunkt seiner Aufgaben, seiner Funktionen oder seiner Zuständigkeiten.

Die neueren Veröffentlichungen über diese Rechtsfigur geben in dieser Hinsicht hinreichenden Aufschluß[1].

Im Vordergrund der vorliegenden Betrachtung soll das bisher in der Behandlung des Beleihungsrechts vernachlässigte Problem der V e r t r e t u n g[2]

---

1) Vgl. OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61; VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 46 ff; BRAND, Diss. (1953); BRUNE, Diss. (1959).

2) Daran mangelt es auch in der sonst so ausführlichen Darstellung des Beleihungsrechts bei HUBER. Überhaupt ist die Vertretungsproblematik bei aller wissenschaftlichen Erörterung der mittelbaren Staatsverwaltung und rechtsfähigen Verwaltungseinheiten unzureichend dargestellt.

stehen. Will man das Rechtsverhältnis zwischen Beliehenem und Staat umfassend begreifen, so kann nicht unberücksichtigt bleiben, ob der Beliehene den Staat vertritt und wie sich gegebenenfalls seine Rechtshandlungen für den Staat auswirken. Daraus wird sich ergeben, ob Rechtshandlungen eines Beliehenen als Staatshandlungen anzusehen sind.

Zu erörtern ist schließlich die Frage der organisationsrechtlichen Bindung des Beliehenen zum Staat. Die Untersuchung hat in dieser Richtung einen weiteren Schwerpunkt. Es geht dabei um die Rechtsstellung des Beliehenen innerhalb des staatlichen Organisationsgefüges. Daraus ergeben sich aufschlußreiche Perspektiven und Einsichten, die die bisher gewonnene Erkenntnis vervollständigen.

Eine Präzisierung des Beleihungsbegriffes eröffnet die Möglichkeit, diesen auch für die Gesetzessprache nützlich zu machen, um auf diese Weise rechtstechnisch wesentliche Erleichterungen zu schaffen und der Rechtsfigur des Beliehenen zur Ausprägung ihrer Besonderheiten gegenüber der Behördenverwaltung einerseits und der öffentlichen Erwerbswirtschaft andererseits zu verhelfen.

. Kapitel: Begriffliche Grundlegung.

§ 5: Zuständigkeit und Kompetenz.

Das Wort "Zuständigkeit" schliesst in seiner Sinnbedeutung unmittelbar an das diesem Substantiv zugrunde liegende Verbum "zustehen" an, während es zu dem ursprungsverwandten Wort "Zustand" in keinem unmittelbaren Sinnzusammenhang steht[1]. Es beinhaltet als "Zustehen" eine Hinordnung, eine Zuordnung, ein Gehören, eine Verfügungsmacht, was alles sinnfällig in der üblichen Redewendung von der "Zuständigkeit einer Person für etwas" zum Ausdruck kommt.

Die Rechtswissenschaft hat innerhalb ihrer Fachsprache das Wort "Zuständigkeit" u.a. verwendet, um die Beziehung eines subjektiven Rechts oder einer subjektiven Pflicht zu ihren Subjekten zu bezeichnen[2]. Begrifflich erfasst es in diesem Sinne die Hin- und Zuordnung, das Haben eines Rechts oder einer Pflicht, den Zustand, der sich aus der Zuteilung eines Rechts- oder Pflichtinhalts an

---

1) vgl. GRIMM, Deutsches Wörterbuch Bd. XVI Art. Zuständig.

2) Die "Zuständigkeit" betrifft nicht ausschließlich Rechte oder Pflichten, kann vielmehr i.S. einer Zugehörigkeit zu einem Subjekt eine unbegrenzte Vielzahl von Gegenständen zum Inhalt haben, so z.B. Interessen, Verantwortung, Geschäfte, Handlungen, Funktionen oder schlechthin Sachgegenstände, Vermögen usw.

einen Zurechnungspunkt ergibt [1] [2].

Die Zuteilung von Rechten und Pflichten an die einzelnen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft zählt zu den vornehmlichen Aufgaben jeder Rechtsordnung.

Hinsichtlich der R e c h t s zuständigkeit gilt folgendes: Die Verteilung der von der Natur und Kultur geschaffenen Güter auf die Personen erfolgt im Wege der Zuständigkeitsregelung. Diese Güter, deren Schaffung oder Herstellung keineswegs erst ein Akt der Rechtsordnung ist, werden auf diese Weise den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft r e c h t l i c h zugewiesen. Mit der Güter v e r teilung ist gleichzeitig verbunden ihre Z u teilung. Indem die Rechtsordnung eine Rechtsbeziehung der Person zu dem Gegenstand herstellt, erwirbt der (Beziehungs-) Zuteilungsempfänger die Zuteilung eines Guts. Der Gegenstand wird ihm zugeteilt, zuerteilt, ihm ganz oder in gewissem Umfang gehörig,

---

1) Die wenigen vorhandenen Begriffsbestimmungen gehen zumeist schon von einer speziellen Perspektive aus. So z.B. FRIEDRICHS in HWbRW Band 6 S. 1065 Artikel "Zuständigkeit": "Zuständigkeit ist die Gesamtheit der Befugnisse und Pflichten, die jemand dadurch erhält, daß er von einem teilbaren Geschäftskreise einen Teil zugewiesen erhält oder selbst übernimmt". Das Rechtsphänomen der Zuständigkeit erfordert jedoch nicht notwendig einen teilbaren Geschäftskreis. Es tritt schlechthin bei jeder Verteilung und Zuteilung von Rechtsobjekten auf. Vgl. MEYER, Georg, Art. Kompetenz in WbStaVR Band III S. 1026, wo wiederum auf die Zuständigkeit eines Beamten oder einer Behörde abgestellt ist.

2) Dieses "Haben" von Rechtspflichten und (oder) Berechtigungen kann es für KELSEN nicht geben, da er den Menschen selbst erfasst als einen Komplex von Rechtsnormen (Staatslehre S. 62) und sein Verhalten als Inhalt von Rechtsnormen (S. 64).

steht ihm zu[1]. Er hat Rechte an dem Gegenstand, Voll- oder Teilrechte. So erfolgt die Ver- und Zuteilung der Güter durch Zuteilung von Rechten nach Maßgabe der bestehenden Rechtsordnung. Diese Zuteilung der Rechte "hat notwendigerweise eine positive und eine negative Seite"[2].

Die Feststellung, daß einer bestimmten Person ein Recht zusteht, schließt dessen Zurechnung auf andere Rechtssubjekte aus[3].

Vermittels dieser Zuteilung der Rechte ermächtigt die Rechtsordnung den Berechtigten - unter Ausschluß der zuteilungsfremden Personen - in bezug auf dieses Recht zu bestimmten Verhaltensweisen.

Das subjektive Recht bedarf zu seiner Entstehung - wie angedeutet - eines bestimmten Zurechnungspunktes, eben eines Subjektes[4]. Diese

---

1) Die Worte "gehören" und "zustehen" sind nicht völlig sinngleich. Man spricht auch dann von "gehören", wenn man zum Ausdruck bringen will, daß ein Recht die Eigenschaft habe, Bestandteil eines bestimmten Vermögens zu sein.
2) In diesem Sinne schreibt KAHLER, Diss. S. 9 f.: "Eine jede Zuständigkeitsnorm hat zweierlei Funktionen. Man kann sie die positive und die negative Funktion nennen."
3) vgl. HIRSCH, Übertragung S. 3.
4) vgl. KELSEN, Staatslehre S. 62 der erklärt, daß der Begriff des subjektiven Rechts durch das Bedürfnis gebildet sei, sich einen Träger der subjektiven Rechte vorzustellen. Es muß etwas geben, was die subjektiven Rechte "hat". - Über das Rechtsphänomen subjektloser Rechte vgl. WOLFF, Staatsperson S. 226 f. Er erklärt, daß es indessen auch hier überall Rechts- und Pflichtsubjekte geben würde. Das notwendige Interesse z.B. eines nasciturus werde hier als vorhanden fingiert.

B e z i e h u n g des Rechts zum Subjekt, die Zugehörigkeit eines subjektiven Rechts zu seinem Subjekt, bezeichnet man begrifflich als die "Zuständigkeit". Die Zuständigkeit ist also weder das zustehende Recht selbst, noch ist sie für sich allein ein subjektives Recht. Vielmehr ist sie die "besondere (innere) Beziehung innerhalb des Gesamtgebildes des subjektiven Rechts"[1].

In diesem Sinne erscheint der Begriff der Zuständigkeit als ein technischer Ausdruck des materiellen Rechts[2]. Um diesen Sinngehalt zu verdeutlichen, hervorzuheben, spricht man im allgemeinen von R e c h t s zuständigkeit[3].

Diese Rechtszuständigkeit kann dingliche, obligatorische oder Gestaltungsrechte, schlechthin alle Arten subjektiver Rechte zum Inhalt haben.

Aus der Rechtszuständigkeit resultieren - unterschiedlich nach dem Gehalt eines Rechts - eine Vielzahl von Berechtigungen und Verpflichtungen. Beispielsweise hat der (rechtszuständige) Eigentümer auf Grund dieser seiner Rechtsstellung Abwehr-, Nutzungs- und Verwertungsrechte, wie ihm andererseits Pflichten obliegen, die ebenso aus dem Eigentum herrühren, so z.B. die Polizeipflichten des Eigentümers, die Verkehrssicherungspflicht,

---

1) vgl. ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 33 und S. 323.
2) Nach den Ermittlungen von ENGLÄNDER enthalten das BGB und dessen EG - abgesehen also von den privatrechtlichen Nebengesetzen - den Begriff der Zuständigkeit in der Bedeutung einer materiellen Rechtszuständigkeit insgesamt 268 Mal.
3) So etwa z.B. SIEBERT, Treuhandverhältnis S.20: die Rechtszuständigkeit als die unmittelbare Berechtigung einer Person zur eigenrechtlichen Ausübung eines Rechts; WOLFF, Vertretung S.236.

die Grundsteuerpflicht usw.[1].

Unter diesem Gesichtspunkt des Beinhaltens, Einbegreifens von Berechtigungen und Verpflichtungen stellt sich die Rechtszuständigkeit dar als die Beziehung eines Inbegriffs von Berechtigungen und Verpflichtungen zu deren Subjekt.

Die Verhaltensnormen, die sich - systematisch gesehen - in ihrer Gesamtheit als P f l i c h t - ordnung darstellen, bilden als Normenkomplex einen Teilbereich der Rechtsordnung[2]. Die Norm - als imperativischer Sollenssatz - erfordert für ihre rechtliche Relevanz einen Adressaten[3]. Jede Verhaltensvorschrift ist - wenigstens in ihrer spezifischen Bedeutung - solange w i r k u n g s - l o s , als es an einem Subjekt fehlt, auf das sie bezogen ist. Eine Pflicht setzt demnach zu ihrer vollständigen Entstehung ein Subjekt voraus. Mit der Zuordnung normativer Rechtssätze auf deren Subjekte wird die Pflichtzuständigkeit begründet,

---

1) In diesem Sinne wird das subjektive Recht zuweilen als Pflichtrecht dargestellt. Entsprechend den jeweiligen Sozialisierungstendenzen wird diese Pflichtseite mehr oder weniger in den Vordergrund gestellt, vgl. dazu LEHMANN, Allg.Teil des BGB S. 70; KELSEN, Staatslehre S. 60.

2) Das Wort Teilbereich könnte unzutreffenderweise den Eindruck erwecken, daß es sich um einen selbständigen, in sich geschlossenen Sektor handelt. In Wirklichkeit läßt sich jedoch der Inhalt einer Norm entsprechend der jeweiligen Subjekt-Perspektive entweder als Berechtigung oder als Verpflichtung ansehen. Eine Trennung in unabhängige Teile ist nicht möglich.

3) So schreibt WOLFF, Staatsperson S. 145, daß die Norm eine Beziehung sei, die eines ausser ihr liegenden, wenn schon durch Normen bezeichneten Poles bedürfe. - KELSEN, der die Person selbst als Komplex von Normen betrachtet, kann freilich nicht zu dieser B e z i e h u n g kommen. Sich mit dieser Lehrmeinung auseinander zu setzen, würde hier zu weit führen; vgl. dazu WOLFF aaO.

nämlich die subjektive Bezogenheit einer subjektiven Pflicht. Dabei ist die Pflichtzuständigkeit grundsätzlich Rechtsfolge eines sie bedingenden Tatbestandes (z.B. Existenz eines Menschen, seines schulpflichtigen, wehrfähigen Alters usw.).

Der Rechtsbegriff der Zuständigkeit betrifft also gegenständlich subjektive Rechte und Pflichten. Ist im Einzelfall nur schlicht von der Zuständigkeit eines Subjekts die Rede, so ist damit nichts darüber ausgesagt, ob es sich um eine Rechts- oder Pflichtzuständigkeit handelt. Nach dem Sinngehalt des Wortes kann sowohl das eine wie auch das andere damit gemeint sein.

Terminologisch unscharf wird zuweilen im Schrifttum das Wort "Zuständigkeit" auch verwendet, wenn es sich nicht um die subjektive Bezogenheit, sondern um deren Objekt, also um Rechte und Pflichten handelt[1]. So ist beispielsweise die Rede davon, daß Zuständigkeiten wahrgenommen werden. Die Zuständigkeit als die subjektive Bezogenheit von Rechten oder Pflichten auf deren Subjekt kann jedoch nicht wahrgenommen werden. Vielmehr werden die Rechte und Pflichten, somit das Objekt der Zuständigkeit wahrgenommen. In dieser Ausdrucksweise liegt die Ursache zahlreicher Verwechslungen und begrifflicher Unklarheiten, die für eine systematisch klare Konzeption der Zuständigkeitslehre hinderlich sind.

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 72 Ia 2 weist auf diesen terminologischen Mißstand hin; vgl. derselbe in: Vertretung S. 237.

In der Bedeutung subjektiver Bezogenheit subjektiver Rechte und Pflichten spricht man außer von Zuständigkeiten der Einzelpersonen (einfache, Einzelzuständigkeit, Einheitszuständigkeit, Alleinzuständigkeit) und der Rechtsgemeinschaften (mehrfache, Mehrheitszuständigkeit)[1] von den Zuständigkeiten des Staates und der anderen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts.

Wenn in dieser Weise generell die rechtlich organisierten Einheiten als Träger einer einheitlichen Zuständigkeit, somit als Rechts- und Pflichtsubjekte behandelt werden, so ist das - in Abweichung von rechtselementaren Grundsätzen - ein Ergebnis rechtstechnischer Konstruktion. In rechtselementarem Sinne können Rechtssubjekte nur alle diejenigen Wesen sein, die von Natur aus zu eigenen I n t e r e s s e n befähigt sind[2]. Das

---

1) vgl. ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 33 und S. 39, wo er ausführt, daß es sich bei diesen unterschiedlichen Zuständigkeitsformen um die "Aggregatzustände" eines und desselben subjektiven Rechtes (Rechtsinhalts) handelt.

2) vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 32 I.- Anders und mehr aus der Perspektive der Pflichtzuständigkeit definiert BIERLING, Kritik II S. 75 und übereinstimmend in Prinzipienlehre I S. 201: "Subjekt eines Rechtsverhältnisses, oder kurzweg 'Rechtssubjekt' kann im wahren und vollen Sinne des Wortes nur sein, wer sich in der Lage befindet, eine Norm als Rechtsnorm, d.h. in der Eigenschaft als Rechtsgenosse gegenüber einem oder mehreren Rechtsgenossen anzuerkennen." Vgl. auch CROME, System I S. 190, der zwischen Rechts- und Pflichtsubjektivität überhaupt nicht differenziert. - WOLFF stellt demgegenüber maßgeblich auf die I n t e r e s s e n trägerschaft ab (Staatsperson S.117). Auch unvernünftige und willensunfähige Wesen können Rechtssubjekte sein, da sie Interessen haben. "Da alle Menschen Interessenträger sind, sind auch alle Rechtssubjekte." Vgl. auch G. JELLINEK, System S. 29: "Jedes Rechtssubjekt muss einen Willen haben, der imstande ist, seine rechtlichen Interessen zu verfolgen."

sind z.B. alle Menschen. Um Pflichtsubjekt zu sein, muß ein Wesen von Natur aus fähig sein, "Gebote einzusehen und demgemäß seinen Willen zu bestimmen[1]." Diese Fähigkeit besitzt nur ein Mensch, der auf Grund eines Mindestalters verständig und geistig gesund ist.

Obwohl organisatorische Einheiten die ontologischen, psychologischen Voraussetzungen einer Rechts- und Pflichtsubjektivität nicht erfüllen[2], unmittelbar (r e c h t s e l e m e n t a r) keine eigenen Interessen haben oder verständig sind, werden sie aus Gründen der Zweckmäßigkeit in der positiven Rechtsordnung als (r e c h t s t e c h n i s c h e Zuordnungs-) Subjekte von (rechtstechnischen) Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen behandelt[3].

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 32 I.
2) WOLFF, Staatsperson S. 137,weist darauf hin, daß Bewusstsein, Wille, Schuld, Vertrauen, Interesse als psychische Vermögen oder Haltungen sich durch die Verfeinerung der Rechtstechnik auch als (rechtstechnische) Begriffe von den elementaren Gegebenheiten immer weiter entfernen. Aus einer Wirklichkeit würden typisierte Tatbestände. - Man kann die individuell-psychologischen Befindlichkeiten jedoch nicht völlig (rechts-) technisieren, da die rechtstechnische Begriffsbildung "Verifizierung an der Realität verlangt." (S. 141).
3) BIERLING, Prinzipienlehre S. 201,... "daß ausser den wirklichen Rechtssubjekten noch etwas anderes als "Rechtssubjekt" behandelt, d.h. fingiert werde, was an sich einer wesentlichen Vorbedingung entbehrt: so einerseits Kinder und Wahnsinnige, Fremde und Abwesende, andererseits die sogenannten juristischen Personen." Vgl. WOLFF, Staatsperson S. 165 f.

Die Zuordnung betrifft zwar keine Rechte und Pflichten, sondern vielmehr rechtstechnische B e r e c h t i g u n g e n und V e r p f l i c h t u n g e n [1]. In dieser Bezeichnung soll vergleichsweise sichtbar werden, daß es sich um eine rechtstechnische Konstruktion handelt. Dementsprechend schreibt Hans J. WOLFF: "Daß die von der objektiven Rechtsordnung verliehenen Berechtigungen und statuierten Verpflichtungen von den unmittelbar auf individuelles Haben und Handeln bezüglichen Rechte und Pflichten durch die Vorsilbe 'Be' - und 'Ver' - umschrieben werden, rechtfertigt sich dadurch, daß sie gegenüber den ursprünglich sittlichen Rechten und Pflichten bereits eine Ableitung bedeuten und insofern 'künstlich' sind."[2][3] Da es sich jedoch zum herrschenden Sprachgebrauch entwickelt hat, die rechtstechnischen Verpflichtungen auch als (positivrechtliche) Pflichten und die rechtstechnischen Berechtigungen auch als Rechte zu bezeichnen, soll demgemäß im Folgenden terminologisch von der Rechts- und Pflichtsubjektivität der rechtlich organisierten Einheiten die Rede sein.

---

1) Diesen Unterschied von Rechtselementarlehre und Rechtstechnik übersieht FORSTHOFF, Lehrbuch S. 395, wenn er als Träger subjektiver Rechte nur rechtsfähige Subjekte zulässt, ohne die Möglichkeit einer subjektiven B e rechtigung bzw. V e r pflichtung nicht rechtsfähiger Subjekte einzuräumen. Vgl. auch ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 80.

2) WOLFF, Staatsperson S. 105 Anm. 1 und S. 132 f.

3) Diese Künstlichkeit ist das Spiegelbild der von KELSEN (Staatslehre S. 66) sogenannten "Normenpersonifikation" der rechtlich organisierten Einheiten.

Die Zuständigkeiten der rechtlichen Organisationen, insbesondere der juristischen Personen des öffentlichen wie des privaten Rechts beinhalten den Wesensgehalt des allgemeinen Zuständigkeitsbegriffs[1], nämlich die Beziehung subjektiver Rechte und Pflichten auf ihr Subjekt[2].

Spricht man ganz allgemein von Zuständigkeit organisierter Einheiten, so ist damit keineswegs begriffliche Klarheit verbunden. Die für Rechtserscheinungen innerhalb einer Organisation gebräuchlichen Termini geben gerade in dieser Hinsicht Anlaß zu Begriffsverwirrungen und -verwechslungen. Außer zur Bezeichnung der subjektiven Bezogenheit von Rechten und Pflichten auf die Organisation wird das Wort "Zuständigkeit" ohne unter-

---

1) So sind die Einzelzuständigkeiten in den gesetzlichen Bestimmungen - sofern sie überhaupt juristischen Personen zugänglich sind - also z.B. die Vermögensrechte oder das Namensrecht in der Regel als Zuständigkeit ebenso physischer (natürlicher) als auch juristischer Personen gedacht. Daneben gibt es Fälle, in denen zum Zwecke einer Sonderbestimmung die Zuständigkeit ausdrücklich für eine juristische oder für eine natürliche Person bestimmt ist, z.B. in § 1061 S. 2 BGB; § 2044 Abs. 2 S. 3 BGB; § 32 LitUrhG.

2) Sie beruhen nicht - wie RASCH in DöV 1957 S.337 das für die staatliche Zuständigkeit behauptet - auf Organisationsnormen. Die Rechtssätze, als deren Rechtsfolge die Zuständigkeit begründet wird, haben mit der Organisation nichts zu tun. Sie vermitteln einen bestimmten Rechts- oder Pflichtinhalt einem Adressaten. RASCH identifiziert hier die organisatorische Zuständigkeit mit der, die aus der allgemeinen Rechtsordnung resultiert.

scheidenden Zusatz verwendet, um die den Organen dieser Organisationen - kraft verfassungsmäßiger Regelung - zugewiesenen organisatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen zu bezeichnen[1]. In diesem Sinne ist z.B. die Rede von der Zuständigkeit staatlicher und körperschaftlicher Organe zur Ausübung bestimmter Funktionen.

Wesen und Kriterien dieser organschaftlichen Zuständigkeiten werden an anderer Stelle noch eingehend zu erörtern sein. Hier genügt zunächst die Feststellung, daß Rechtszuständigkeiten und organschaftliche Zuständigkeiten sich in einem Punkt grundlegend unterscheiden: Mit der Rechtszuständigkeit bezeichnet man im Gegensatz zur organschaftlichen Zuständigkeit eine Eigenzuständigkeit. Die Rechtszuständigkeit ist der Ausdruck für die Innehabung des Rechts, für die Rechtsträgerschaft. Jemand ist eigenzuständig, weil er rechtselementar Inhaber oder (und) rechtstechnisch Titulär eben des der Zuständigkeit zugrundeliegenden

---

1) ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 301, erklärt, daß der Begriff der Zuständigkeit (schlechthin) uns vornehmlich in dieser Bedeutung, die in der Hauptsache "in das öffentliche Recht und speziell auf amtliche oder überhaupt organschaftliche Stellungen von Personen oder Behörden innerhalb eines staatlichen oder körperschaftlichen Organismus hinweist, bekannt ist". - Die Ursache dieser zutreffend festgestellten Tatsache liegt darin, daß die "Zuständigkeits"-Problematik am häufigsten innerhalb einer Organisation auftritt, da dort sich viele Rechtssphären berühren, aneinandergrenzen, sich überschneiden. Vgl. auch WOLFF, Vertretung S. 236 f., wo er ausführt, die Zuständigkeit sei auch und sogar "in erster Linie eine Beziehung bloß organschaftlicher Berechtigungen und Verpflichtungen i.w.S. zur Waltung für einen anderen".

Rechtes ist.

Im Hinblick auf dieses Recht handelt es sich bei der organschaftlichen Zuständigkeit um eine sogenannte F r e m d zuständigkeit. Das Organ ist nicht Inhaber, nicht Subjekt derjenigen Berechtigungen und Verpflichtungen, die den Gegenstand der Zuständigkeit des Organträgers bilden. Dennoch ist die Bezeichnung Fremdzuständigkeit unzweckmäßig, zumindest mißverständlich. Nur im Sinnzusammenhang mit der "Eigenzuständigkeit" läßt sich erkennen, was mit der Fremdheit der Zuständigkeit gemeint ist. In anderer Perspektive ist nämlich auch die organschaftliche Zuständigkeit eine Eigenzuständigkeit. Subjekt der Berechtigungen und Verpflichtungen zur Wahrnehmung einer fremden Zuständigkeit ist das Organ selbst[1)2)]. Insofern verfügt es über die Eigenzuständigkeit, eine fremde Zuständigkeit wahrzunehmen.

---

1) Die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdzuständigkeit betrifft demnach die Endgültigkeit der Bezogenheit der Kompetenzen. In diesem Sinne spricht WOLFF, Verwaltungsrecht II § 72 I b 1 von Eigenzuständigkeit, "wenn die Verpflichtung oder Berechtigung der Person zugeordnet ist, der sie objektiv rechtlich endgültig zusteht (dem Rechtsträger)".

2) Das Organ ist freilich nur rechtstechnisches Zurechnungssubjekt. Über die Subjektivität des Organs vgl. WOLFF, Vertretung S. 259 ff. und auch vorher S. 248,"sind die Organe in der Tat Berechtigungs- und Verpflichtungssubjekte, haben sie sogar eigene Berechtigungen und Verpflichtungen". - Innerhalb der organisatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen unterscheidet GIERKE, Privatrecht I S. 512 zwischen "gemeinheitlichen" und "gliedmäßigen". Letztere beziehen sich auf die Mitglieder und Organwalter als die sogenannten Gliedpersonen. Der Begriff der organisatorischen Kompetenzen ist angesichts der genannten Unterscheidung weiter als er hier zugrunde liegt. Zur Subjektivität der Organe vgl. auch G. JELLINEK, System S. 226 Anm. 1.

Aus diesen Gedanken wird ersichtlich, in welcher Weise die Eigenzuständigkeiten und organschaftlichen Zuständigkeiten gegenständlich differieren.

Unter Berücksichtigung dieser Verschiedenartigkeit sind bei den rechtsfähigen wie nichtrechtsfähigen organisierten rechtlichen Einheiten, also bei den Verbänden und Sachgesamtheiten, innerhalb deren Rechtsgebilde Rechtszuständigkeiten und organschaftliche Zuständigkeiten zu unterscheiden. -

Begriffliche Klarheit und Abgrenzung des Wortes Zuständigkeit werden weiterhin erschwert durch die teils sinngleiche[1], teils anderssinnige[2] Verwendung des Wortes K o m p e t e n z .

Richtigerweise hat Hans J. WOLFF[3] die Worte Zuständigkeit und Kompetenz für verschiedene Begriffe verwendet. Zwar ist diese terminologische Differenzierung vom sprachlichen nicht geboten, da das Wort "Kompetenz" seinem ursprünglich lateinischen Sinngehalt nach mit dem deutschen Wort "Zuständigkeit" am treffendsten übersetzt ist[4]. Dennoch soll hier im Anschluss an die zum Teil im Schrifttum gebräuchliche Terminologie das Wort Kompetenz nicht die subjektive Bezogenheit, die Beziehung eines subjektiven Rechts oder einer subjektiven Pflicht auf ihr Subjekt, sondern das O b j e k t der Beziehung, nämlich das, was zusteht, bezeichnen. Kompetenz bedeutet hiernach das

---

1) ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 302, 313; TRIEPEL, Delegation S. 89 f, 109 f; FORSTHOFF, Lehrbuch S. 394.
2) WOLFF, Vertretung S. 236 ff.
3) WOLFF, Verwaltungsrecht S. 136 f.
4) WOLFF, Vertretung S. 237.

subjektive Recht oder die subjektive Pflicht (bzw. Berechtigung und Verpflichtung), also den Gegenstand der subjektiven Bezogenheit[1]. Diese Sinngebung ermöglicht eine weitgehend klare Begriffsbildung und Differenzierung von "Zuständigkeit" und "Kompetenz". Handelt es sich bei der Kompetenz um Rechte und (oder) Pflichten, Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen, so liegt einer Zuständigkeit immer eine Kompetenz zugrunde, bezeichnet Zuständigkeit doch jeweils die subjektive Bezogenheit der Kompetenz auf deren Subjekt. Die Kompetenz ist mithin ein normativer, nicht

---

1) Die hier vertretene Auffassung steht im Gegensatz zu G. JELLINEK, System S. 227, der erklärt, bei der Kompetenz handle es sich niemals um subjektives, sondern stets um objektives Recht. WOLFF, Vertretung S. 274 widerspricht dieser Theorie von Jellinek mit dem Hinweis, daß dabei das objektive Recht mit seinem Inhalt verwechselt werde. "Die Kompetenz ist nicht nur objektiven Rechtes, sondern vom objektiven Recht allgemein und apersonal auf ein Subjekt bezogen." - Die Widersprüche bewegen sich im begrifflich-terminologischen Bereich, da jeweils mit dem Wort Kompetenz unterschiedliche Rechtserscheinungen bezeichnet werden. Während hier das Objekt einer Rechtszuständigkeit gemeint ist, versteht Jellinek einen Inbegriff von Geschäften darunter. Von der Kompetenz als einem subjektiven Beziehungsobjekt sprechen im Ergebnis auch PREUSS in SCHMOLLERS Jahrbuch Band 26 S. 590 und GIERKE, Genossenschaftstheorie S. 685. - TRIEPEL, Delegation S. 88 verweist auf den Standpunkt der französischen Staatsrechtslehrer, demzufolge die Kompetenz kein subjektives Recht, sondern vielmehr eine Funktion sei.

einfach ein faktischer Begriff[1].

§ 6: Staatliche Kompetenzen.

Anerkennt man generell die Berechtigungs- und Verpflichtungssubjektivität des Staates, so folgt daraus notwendig die Rechtserscheinung staatlicher Kompetenz und Zuständigkeit. Staatliche Zuständigkeit ist wiederum die subjektive Seite der staatlichen Berechtigungen und (oder) Verpflichtung. Insofern bedingt jede s t a a t l i c h e Berechtigung und (oder) Verpflichtung eine staatliche Zuständigkeit. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine staatliche Kompetenz Ausfluss einer staatlichen Zuständigkeit.

Der Staat ist sowohl Subjekt privater wie auch öffentlicher Rechtssätze. In seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt wird der Staat "Fiskus"

---

1) Einen schon speziellen Sinngehalt wählt WOLFF, Vertretung S. 237, wenn er schreibt: "Statt dessen sollte man ..., um die sonst allzu nahe liegenden Mißverständnisse zu vermeiden, richtiger von der Kompetenz als der unverletzbaren und absoluten Möglichkeit zur Einwirkung auf und Ausübung von fremden Rechten und Interessen, von den ihren Gebrauch normierenden verletzbaren und relativen organisatorischen Berechtigungen und Verpflichtungen und von den "Geschäften" und einem "Inbegriff von Geschäften" als den Gegenständen der Kompetenz reden. Diese spezifische Sinnbedeutung von WOLFF stimmt mit der von PREUSS in SCHMOLLERS Jahrbuch Band 26 S. 590, der die Kompetenz definiert als das subjektive Recht der Organpersonen als solcher, darin überein, daß beide Autoren die Kompetenz ansehen als eine Befugnis zur Wahrnehmung f r e m d e r Zuständigkeiten. Damit jedoch wird dem Wort ein zu enger Sinngehalt beigemessen, obwohl zugestanden werden muß, daß das Wort in diesem Sinne am häufigsten verwendet wird.

genannt[1].

Auf Grund der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Rechtssubjektivität des Staates ist bei seinen subjektiven Rechten und Pflichten[2] zwischen solchen öffentlich-rechtlicher und solchen privatrechtlicher Art zu unterscheiden.

Der Rechtscharakter der Rechte und Pflichten - nämlich ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich - ist gleicherweise für den der Kompetenzen maßgeblich. Bei subjektiven öffentlichen Rechten und Pflichten des Staates handelt es sich somit um öffentlich-rechtliche Kompetenzen. Entsprechendes gilt für subjektive private Rechte und Pflichten des Staates.

Damit ist nun zunächst lediglich aufgezeigt, daß es öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Kompetenzen des Staates gibt.

Schwieriger ist demgegenüber die Einordnung der einzelnen Kompetenzen nach ihrer Zugehörigkeit zu diesen Rechtsteilbereichen. Die Frage, wann eine Kompetenz öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, führt zur Behandlung eines alten Streitobjektes der Rechtswissenschaft, nämlich der Unter-

---

1) vgl. PETERS, Lehrbuch S. 129; G.u.E.KÜCHENHOFF, Staatslehre S. 19; FORSTHOFF, Lehrbuch S. 28 - Einen Einblick in die geschichtliche Entwicklung des Begriffes gewährt MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht I S. 47 ff; vgl. auch BERNATZIK, AöR Band 5 S. 181; SPRENGEL, JZ 1952 S. 139; FLESSA, DVBl.1957 S. 120; demgegenüber vertritt BACHOF, Rechtsstaat S. 62 ff. neuerdings die Auffassung, daß die öffentliche Gewalt sich auch auf den Fiskalbereich erstrecke. Damit geht diesem Begriff der privatrechtliche Charakter verloren.

2) Über die Möglichkeit von Verpflichtungen und Berechtigungen des Staates siehe auch KELSEN, Staatslehre S. 73; G.JELLINEK, Staatslehre S. 169 ff.; WOLFF, Staatsperson S. 351 ff; FORSTHOFF, Lehrbuch S. 392, insbesondere BURCKHARDT, Rechtsgemeinschaft S. 78 ff. über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Staates.

scheidung und Grenzziehung von öffentlichem und privatem Recht.

Es gibt eine Vielzahl von Theorien, die diesbezüglich Kriterien herausstellen und dementsprechend Rechte, Rechtsinstitute, konkrete Rechtsverhältnisse oder schlechthin ein rechtliches Phänomen dem öffentlichen oder privaten Recht zuweisen[1], so z.B. die Subjektstheorie, die Subjektionstheorie, die Interessentheorie[2], die historische Theorie, die Vermögenstheorie[3], die Rechtsformen- oder Funktionstheorie[4] und die Rechtssatztheorie[5].

Die Vielseitigkeit der Meinungen charakterisiert BACHOF[6] zutreffend, wenn er sagt, daß "über die grundsätzlichen Kriterien der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung keine Einigkeit

---

1) BURCKHARDT, Rechtsgemeinschaft S. 11 Anm. 2 weist darauf hin, daß sich bereits bis zum Jahre 1904 nicht weniger als 17 Theorien herausgebildet hatten.
2) Sie nimmt ihren Ausgang bei ULPIAN (Dig.I,1.1 § 2) und wurde u.a. vertreten von v.SAVIGNY, System I S. 22; GAREIS, Allg. Staatsrecht S.7 f, 11 ff.; BERNATZIK, Rechtsprechung S. 1; HEDEMANN, Einführung S. 228 ff.
3) Benannt nach der lange Zeit vom Reichsgericht vertretenen Auffassung, daß alle vermögensrechtlichen Ansprüche privatrechtlich seien. So RGZ 22/285 ff.; 25/325 ff.; 57/350 ff.; 70/77 ff.; 74/191 ff.; 75/40 ff.; 105/192 ff.
4) Hauptvertreter dieser Theorie ist HUBER, Grundbegriffe S. 13 ff., und ZStW Band 98 S. 319 ff.
5) vgl. die Zusammenstellung bei WACH, Civilprozessrecht I S. 86 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 34, und WOLFF, Verwaltungsrecht I § 22 II a; derselbe, AöR Band 76 S. 211 mit Hinweis auf weitere Theorien, z.B. Theorie vom selbständigen Lebenskreis (Stier-Somlò), die sozialrechtliche Theorie (o.v.GIERKE), Zwecktheorien (z.B. WACH).
6) BACHOF, AöR Band 83 S. 228.

besteht"[1].

Zunächst ist davon auszugehen, daß ein Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht vorhanden ist[2][3].

Um die Einordnung der staatlichen Kompetenzen als öffentlich-rechtliche und privatrechtliche systematisch durchzuführen, erweist es sich als notwendig, die Abgrenzungsproblematik aus dem Blickwinkel der einzelnen Theorien kurz anzudeuten. Dabei kann die Materie keineswegs erschöpfend dargestellt werden. Sie soll nur insoweit erörtert werden, wie es die gestellte Frage erfordert.

Die noch herrschende Subjektions- oder Mehrwerttheorie[4][5] sucht die Wesensmerkmale in der U n t e r ordnung oder G l e i c h ordnung der an

---

1) vgl. RADBRUCH, Mensch im Recht S. 40; KELSEN, Staatslehre S. 80 spricht vom Chaos widersprechender Lehrmeinungen.
2) In diesem Sinne schreibt MOLITOR, Über öffentliches Recht und Privatrecht S. 48: "Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ist im Grunde jeder Rechtsordnung immanent, wenn er auch in der einen mehr als in der anderen hervortritt. Denn er beruht im Grunde auf dem von GIERKE, wenn auch auf beschränkterem Gebiet, herausgestellten Gegensatz von herrschaftlichem und genossenschaftlichem Rechtsdenken."
3) Den Unterschied negieren KELSEN, Hauptprobleme, S. 397, und derselbe, Staatslehre S. 90 f.; WEYR, AöR Band 23 S. 529; KRABBE, Die moderne Staatsidee S. 138; MERKL, Verwaltungsrecht S. 84: "Ausgeburt naturrechtlicher Phantasie" - Weitere Hinweise bei BURCKHARDT, Rechtsgemeinschaft S. 11 Anm. 3
4) Die Bezeichnung "Mehrwerttheorie" findet sich vornehmlich bei KELSEN, z.B. Staatslehre S.82 ff.
5) W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 49 ff.; LAFORET, Dt.Verwaltungsrecht S. 13; WALZ, Vom Wesen des öffentl. Rechts S. 49 ff.; HATSCHEK, Lehrbuch des dt. und preuss. Verwaltungsrechts S. 15.

einem Rechtsverhältnis beteiligten Parteien. Im ersteren Fall sei der einseitige, mit Zwang verbundene Befehl, im letzteren Fall das auf der Willensautonomie beruhende Rechtsgeschäft das typische rechtliche Gestaltungsmittel[1]. - Die Schwäche der Subjektionstheorie liegt in der Überbewertung des Unterordnungsverhältnisses. Subordination in der Beziehung zweier Parteien gibt es nicht nur im öffentlichen Recht. Auch im Bereich des Privatrechts hat das Gesetz Unterordnungsverhältnisse herausgebildet (z.B. elterliche Gewalt, §§ 1627 ff. BGB). Die Subordination kann also nicht als Kriterium des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht angesehen werden[2].

Das Bundesverwaltungsgericht stellt in Abweichung von der Subjektionstheorie bei der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht

---

1) So auch BGHZ 14/222 = NJW 1954 S. 1486.
2) Unrichtigerweise wird wiederholt im Rahmen der Kritik der Subjektionstheorie darauf hingewiesen, daß das Rechtsinstitut des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein Beispiel für öffentlich-rechtliche G l e i c h ordnungsverhältnisse darstelle. Diese Ansicht beruht auf einer Verkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Diese Rechtsfigur ist dadurch charakterisiert, daß hinsichtlich des Vertragsabschlusses eine Gleichordnung der Parteien, eine Gleichwertigkeit der Parteiwillen besteht. - SALZWEDEL, Grenzen S. 40, ist der Ansicht, daß innerhalb des Vertragsverhältnisses das Privatrechtssubjekt dem Hoheitssubjekt jedoch untergeordnet ist. - Demnach konnte man der Subjektionstheorie nicht entgegenhalten, daß es innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses eine Gleichordnung, Gleichrangigkeit der Parteien gibt.

die "Natur der Sache" in den Vordergrund[1], Nach dieser Auffassung soll die Abwägung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände den Ausschlag geben, ob ein Recht oder Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehört oder nicht.

Dieser Theorie stehen Bedenken entgegen. Stellt man bei der Abgrenzung auf die Natur einer Sache ab, so kann diese jeweils nur kasuistisch beurteilt werden, da die Unmöglichkeit umfassender Identifizierungen oder Gleichbehandlung einer generellen Beurteilung von Rechtsphänomen hinderlich ist. Solange nicht allgemeingültige Kriterien angeführt werden, nach denen unterschieden werden kann, ist diese Theorie nicht praktikabel und damit - methodisch gesehen - von zweifelhaftem Wert. Diesem Eindruck hat sich selbst das Bundesverwaltungsgericht nicht verschließen können. So wurde erklärt, daß dieses Merkmal der "Natur der Sache" sich im zu entscheidenden Fall bewähre, im allgemeinen jedoch unsicher sei.

Aber auch für die Charakterisierung des E i n z e l falles gibt die Natur der Sache keinen hinreichenden Maßstab. Bei diesbezüglicher Ermittlung kommt der s u b j e k t i v e n Meinung des Beurteilers leicht eine größere Bedeutung zu als den - für die Entscheidung zuverlässigeren - o b j e k t i v e n Merkmalen des einzuordnenden Rechts oder Rechtsverhältnisses.

---

1) BVerwGE 5/325 unter Hinweis auf v. TUREGG, Lehrbuch S. 25 = NJW 1958 S. 394 ff. = DVBl 1958 S. 864 ff. mit Anmerkung von BETTERMANN.

Dieser Theorie des Bundesverwaltungsgerichts von der "Natur der Sache" kann man aus allen diesen Gründen nur mit besonderer Skepsis begegnen[1].

Unsicherheit bereitet auch die Anwendung der sog. älteren Subjektstheorie[2]. Ihr zufolge hat ein Rechtsverhältnis immer dann öffentlich-rechtlichen Charakter, wenn daran ein öffentlich-rechtlicher Verband als solcher, d.h. als Träger öffentlicher Gewalt, beteiligt ist. Diese spezielle Beteiligung als H o h e i t s t r ä g e r lässt sich nur durch eine Prüfung des unmittelbaren Zwecks der Norm, auf deren Grundlage das Rechtsverhältnis beruht, ermitteln. Wenn es um die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit geht, soll nach den Grundsätzen der Subjektstheorie eine solche hoheitliche Beteiligung vorliegen[3]. Mit der Bewertung der Interessen innerhalb eines Rechtsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt privater oder öffentlicher Herkunft entstehen für die Grenzziehung neue Schwierigkeiten. Bei kritischer Beurteilung wird man feststellen, daß sich die Scheidung öffentlicher und privater Interessen in abstracto

---

1) MENGER, VerwArch. 1958 S. 274 ff. (276), verweist auf die Fragwürdigkeit der Prämisse, weil diese, nämlich: was ist die Natur der Sache von öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Beziehungen, ins Wanken geraten sei.

2) vgl. LEHMANN, Allg. Teil § 1 I; RGZ 166/226; 167/284 - Anhänger der Subjektstheorie sind BIERLING, Kritik II S. 150 ff; MAYER, Dt.Verwaltungsrecht I S. 15.

3) Insoweit überschneiden sich die von der Subjekts- und Interessentheorie herausgestellten Kriterien. Vgl. zur Interessentheorie und dieser angedeuteten Überschneidung ENDEMANN I, S. 28 und LAYER, Prinzipien S. 347; SCHMELLER, Diss. S. 3o.

leichter treffen läßt als im einzelnen Rechtsverhältnis, da sich zuweilen Überschneidungen ergeben, die eine Entscheidung in dem einen oder anderen Sinn unmöglich machen. An vielen rechtlichen Gestaltungen besteht ebenso sehr ein öffentliches wie ein privates Interesse[1].

Ungleich systematischer und sachgerechter für die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht ist die sog. Rechtssatztheorie. Sie geht aus von der Verschiedenheit der R e c h t s s ä t z e [2]. Hans J. WOLFF definiert in dieser von ihm entwickelten Theorie[3] das öffentliche Recht als "Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschliesslich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist". Öffentlich-rechtlich sind demzufolge "diejenigen Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 22 II a; MOLITOR, Über öffentliches Recht S. 30: "Eine klare und einwandfreie Scheidung kann damit aber schon deshalb nicht erzielt werden, weil es nur auf die überwiegenden Interessen ankommen soll und weil sich aus dem Wesen des Zwecks, der ja keineswegs ausschliesslich zu sein braucht, die Möglichkeit einer Vielfalt der Zwecke und Interessen ergibt, schliesslich auch die Feststellung des gesetzgeberischen Zwecks im einzelnen Fall recht schwierig sein kann". Vgl. weiterhin die von MOLITOR zitierte Literatur, in der an der Interessentheorie Kritik geübt wird. Vgl. auch die kritische Beurteilung von KELSEN, Staatslehre S. 81 und FORSTHOFF, Lehrbuch S. 100.

2) SCHMELLER, Diss. S. 33, verkennt hier die Bedeutung, die gerade in dieser Hinsicht einem einzelnen Rechtssstz zukommen kann, wenn er nur komplexe Rechtsinstitute bezüglich ihres Rechtscharakters unterscheiden will.

3) WOLFF, AöR Band 76 S. 205 ff.; derselbe, Verwaltungsrecht I § 22 II c.

ergeben, der nicht jedermann (potentiell oder aktuell) verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat, eine Religionsgemeinschaft oder ein Subjekt verpflichtet oder (!) berechtigt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheit einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist[1)]". BACHOF [2)] fügt im Rahmen einer Darstellung der Zuordnungstheorie zur Verdeutlichung hinzu, daß für eine Zurechnung zum öffentlichen Recht eine n o t w e n d i g e Beteiligung des Staates oder eines anderen Hoheitsträgers auf einer Seite eines Rechtsverhältnisses genüge. Im Hinblick auf die Qualifikation des Rechtssatzes durch sein Subjekt wird die Rechtssatztheorie auch Subjektstheorie genannt, wobei man diese zur begrifflichen Unterscheidung von der "älteren Subjektstheorie" als die "neuere" bezeichnen mußte.

BETTERMANN[3)] hat gegen diese Rechtstiteltheorie eingewandt, daß wenn schon jede speziell den Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts berechtigende oder verpflichtende Norm ein Bestandteil des öffentlichen Rechts sei, dann wären es auch alle Normen, die den Fiskus privatrechtlich privilegieren oder benachteiligen. Diese Kritik beruht auf einem Mißverständnis der Rechtssatztheorie. Rechtssätze, sowie die dadurch begründeten Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 22 II c.
2) BACHOF in AöR Band 83 S. 229.
3) BETTERMANN, DVBl. 1958 S. 867 f. - Anm. zum Urteil des BVerwG vom 7.11.1957.

gehören nur dann zum öffentlichen Recht, wenn sie sich eindeutig auf den Staat als Subjekt hoheitlicher Gewalt beziehen. Sofern die Rechtssätze, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse den Staat als F i s k u s treffen, stellen sie kein Sonderrecht, d.h. kein öffentliches Recht dar[1]. Entscheidend für die Einordnung eines rechtlichen Phänomens ist also die ausschließliche, notwendige Zurechnungssubjektivität eines Subjektes hoheitlicher Gewalt.

Nach allem sind staatliche Kompetenzen immer dann öffentlich-rechtlich, wenn es sich bei ihnen um öffentlich-rechtliche Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen handelt. Die Berechtigungen und Verpflichtungen gehören dem öffentlichen Recht an, wenn sie auf Rechtssätzen beruhen, deren Zuordnungssubjekt ausschliesslich und notwendig ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist[2]. Maßgeblich ist demnach die Q u a l i t ä t der Zuordnungssubjekte.

Nach diesem Prinzip lassen sich klare Abgrenzungen schaffen. Auch die von BETTERMANN im Rahmen seiner Kritik an der Zuordnungstheorie angeführten

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 22 II c, hat dies nun in Entgegnung auf die Kritik BETTERMANNS in der III. Auflage eigens hervorgehoben und damit zu verstehen gegeben, daß er die Charakterisierung eines Rechtssatzes nicht allein nach formalen, sondern ebenso nach materiellen Gesichtspunkten vornimmt.

2) Die rechtliche Charakterisierung erfolgt somit nach dem formellen Gesichtspunkt der Ausschliesslichkeit und dem materiellen Gesichtspunkt der Notwendigkeit diesbezüglicher Subjektivität eines Hoheitssubjektes. Das staatsrechtliche und staatspolitische Problem der Notwendigkeit einer staatlichen Rechtssubjektivität kann hier nicht weiter erörtert werden.

Beispiele bereiten keine Schwierigkeiten. Die staatlichen Kompetenzen, die sich ergeben aus dem Erbrecht des Fiskus (§ 1936 BGB), seinem Aneignungsrecht (§ 928 BGB und § 7 Schiffsrechtegesetz), seinem Heimfallsrecht am Versteigerungserlös von Fundsachen (§ 981 BGB) und am Vereins- oder Stiftungsvermögen (§§ 45, 46, 88 BGB) sowie seine Befreiung vom Mieterschutz (§ 32 MSchG) sind privatrechtlich. Zuordnungssubjekt dieser genannten Rechtssätze ist nicht der Staat in seiner Rechtsstellung als Subjekt hoheitlicher Gewalt. Vielmehr richten sich diese Rechtssätze an und gegen den Staat, um ihn als Vermögensträger zu berechtigen und zu verpflichten. In dieser Eigenschaft genießt der Staat jedoch keine Sonderstellung, ist folglich insoweit nicht Subjekt öffentlicher Rechtssätze, sondern (lediglich) Privatrechtssubjekt.

Schwierig ist es, die öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Staates von einer Rechtserscheinung zu trennen, die mit diesen sachlich in unmittelbarem Zusammenhang stehen, sogar sich überschneiden: die öffentlichen A n g e l e g e n h e i t e n [1].

---

1) Der Begriff der öffentlichen Angelegenheiten deckt sich weitgehend mit dem der "öffentlichen Zwecke", da eben die (überindividuellen=) öffentlichen Zwecke zu öffentlichen Angelegenheiten erhoben werden. Zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke schreibt KAUFMANN in WbStaVR Band III S. 712 Artikel: Verwaltung, Verwaltungsrecht, daß sie in Deutschland viel mehr durch private Unternehmungen erfolge als beispielsweise in Frankreich. GIGER, Mitwirkung S. 39 ff. gibt einen Überblick über die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben in der Schweiz.

Öffentliche Angelegenheiten sind im inhaltlichen Sinne des Begriffes "die Angelegenheiten der Gemeinwesen und die ihrer Mitglieder als solcher" [1)2)]. Nicht gemeint sind also individuelle Angelegenheiten, sondern eben ausschliesslich diejenigen, die überindividuell, allgemein sind, d.h. unabhängig bestehen von der Individualität und der Zahl der Mitglieder des Gemeinwesens[3)4)]. Sie betreffen Gemeinschaftsinteressen und damit insbesondere ein geordnetes Sozialleben innerhalb eines volklich und politisch begrenzten Raumes.

Die öffentlichen Angelegenheiten sind Gegenstände von Kompetenzen der Gemeinwesen. Ihre Erledigung, Erfüllung, Besorgung ist Inhalt der Berechtigungen und Verpflichtungen öffentlicher Verbände. Da ausser dem Staat weitere selbständige Gemeinwesen existieren, verteilen sich die öffentlichen Angelegenheiten nach sachorientierten Grund-

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II b - KÖTTING, Diss. S. 29, spricht von materiell öffentlichen Aufgaben, Zwecken und Interessen. Nach seiner Auffassung können als solche alle diejenigen bezeichnet werden, deren Erfüllung bzw. Verwirklichung für das Leben einer über individuelle Beziehungen hinausreichenden Personenvielheit unbedingt erforderlich ist.

2) Die Gemeinwesen definiert MAYER, Dt. Verwaltungsrecht I S. 15, als "Menschengemeinschaften für Zwecke, die über die Zwecke von Einzelmenschen hinausgehen. Schon daraus ergeben sich Merkmale der 'öffentlichen Angelegenheiten'".

3) Über den vielseitigen Sprachgebrauch des Wortes "öffentlich" siehe GRIMMs Wörterbuch Band VII S. 1179 f. und ELSTER in HbRW Band IV S. 256 ff. Artikel "öffentlich und Öffentlichkeit"

4) FORSTHOFF, Körperschaft S. 15: "Das Individuum, seine Stellung und sein Handeln in der sozialen Gruppe steht nicht in Frage."

sätzen auf eine Mehrzahl von Kompetenzträgern[1].

Nicht jedoch sind alle öffentlichen Angelegenheiten im Rahmen der K o m p e t e n z bildung erfasst. Beispielsweise beinhalten viele öffentliche Angelegenheiten, die unter dem erweiterten Sammelbegriff der Daseinsvorsorge erscheinen, wie z.B. die Lebensmittelversorgung, Energieversorgung, Schaffung von öffentlichen Verkehrsmitteln zwar öffentliche Angelegenheiten, nicht aber besteht in dieser Hinsicht eine k o n k r e t e Berechtigung und Verpflichtung eines Gemeinwesens. Ihre Erledigung erfolgt - unter diesem Gesichtspunkt - ausserhalb einer Kompetenz öffentlicher Verbände[2]. Daraus erhellt, daß nicht jede Besorgung öffentlicher Angelegenheiten die Wahrnehmung s t a a t l i c h e r K o m p e t e n z e n bedeutet[3]. Vielmehr läßt sich nur umgekehrt feststellen, daß mit staatlichen Kompetenzen gegenständlich öffentliche Angelegenheiten wahrgenommen werden. Nehmen Privatrechtssubjekte öffentliche Angelegenheiten

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II b, definiert das Gemeinwesen aus seiner Eigenschaft, Träger (eigener) öffentlicher Angelegenheiten zu sein.

2) Kompetenzbegründend wirken in einigen Sachgebieten die ganz allgemein gehaltenen z.B. staatlichen oder kommunalen Verfassungsgrundsätze, denen zufolge die Gemeinwesen das Wohl der Allgemeinheit zu fördern haben.

3) Deswegen fehlt es in der Regel an einem Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und denjenigen Privaten (bzw. privaten Unternehmen), die Zwecke von allgemeinem Interesse verfolgen, auch wenn die Gemeinwesen zu diesen Aktionen zuweilen durch Unterstützungen, Dotationen oder unentgeltliche Zuwendungen ermutigen. - Anders ist das im französischen Rechtssystem, vgl. JEZE, Verwaltungsrecht S. 46 ff., wo sich die Rechtsstellung und das rechtliche Wesen der Zivilpersonen durch diese Funktion verändert. Diese Unterschiedlichkeit hat man im Schrifttum manchmal übersehen.

wahr, so kann damit gleicherweise eine öffentlich-rechtliche Kompetenz ausgeübt werden. Das aber ist keineswegs zwingend, allenfalls ein Anhaltspunkt.

Im Ergebnis ist demnach festzustellen: Staatliche Kompetenzen sind die sich aus der Rechtssubjektivität des Staates für diesen ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen. Sofern sie ausschliesslich und notwendig dem Staat als Hoheitssubjekt zugewiesen sind, haben die Berechtigungen und Verpflichtungen öffentlich-rechtlichen Charakter. Alle anderen Staatskompetenzen sind privatrechtlich.

§ 7: Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit.

Die von der Rechtsordnung gewählte Konstruktion der rechtlich organisierten Einheiten erfordert einen arbeitsteiligen Organisationsapparat zum Zwecke der Kompetenzwahrnehmung. Der Aufbau einer funktionsfähigen Organisation ist eine Frage der Zuständigkeitsverteilung, der Zuständigkeitsordnung[1]. Auf diese Weise erreicht man einen "geordneten Geschäftsgang"[2], eine weitgehend reibungslose Verwirklichung des der Einheit zustehenden

---

1) Organisation ist unter diesem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit ein teleologischer Begriff. Er ist in diesem Zusammenhang zu verstehen als dynamischer Vorgang, nicht also als vollendete (statische) Gegebenheit. - Zur Verwaltungsorganisation als Arbeitsinstitution vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 383.
2) Siehe STRATENWERTH, Verantwortung S. 21.

Geschäfts- und Aufgabenkreises[1].

Die Organisation der Kompetenzwahrnehmung ist nicht nur ein Problem der sozialen Verbände oder Sachgesamtheiten. In gleicher Weise muß die n a t ü r l i c h e (Einzel-)Person die Wahrnehmung ihrer Kompetenzen technisch bewerkstelligen. Aus dieser Notwendigkeit entstehen keine Schwierigkeiten, solange Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit ein und denselben Träger haben. Die natürliche Person bedient sich insoweit zur Realisierung ihrer Kompetenzen der ihr selbst zu Gebote stehenden physischen und psychischen Kräfte und Mittel. Will sie aber aus technischen, wirtschaftlichen oder persönlichen Gründen ihre Kompetenzen nicht selbst wahrnehmen, so muß sie die Einschaltung eines willens- und handlungsfähigen Rechtssubjektes bewirken[2].

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer fremden Kompetenz das Ergebnis einer Organisation, der Begriff der Wahr-

---

1) In diesem Sinne schreibt BURCKHARDT, Organisation S. 127 "Organisation bezeichnet oft nicht nur die Einrichtung in ihrer rechtssatzmäßigen Ausgestaltung (die Verfassung) ...., sondern die durch Menschen gehandhabte, verkörperte, aktionsfähig gemachte Zuständigkeitsordnung. Vgl. auch KÖTTGEN, Verwaltungseinheit S. 1 über die Organisation als technischem Gesichtspunkt größtmöglicher Leistungsfähigkeit durch kunstvolle Verknüpfung von Menschen, Dingen und Rechten.

2) Die hier naheliegenden Worte "Organisation" und "organisieren" sind in diesem Zusammenhang mißverständlich, betreffen sie hier doch nicht - entgegen ihrer sonstigen begrifflichen Verwendung - Funktionen innerhalb einer sozialen Einheit, sondern lediglich einen sozialen Vorgang. Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 71 I.

nehmungszuständigkeit insoweit ein terminus technicus[1]. Kompetenzträger ordnen auf diesem Wege die Ausübung ihrer Rechte und Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten[2]. In diesen Gegebenheiten kommt die organisatorisch-technische Seite der Wahrnehmungszuständigkeit zum Vorschein. Entsprechend kann man die Einräumung der Wahrnehmungszuständigkeit wegen ihrer faktischen Bedeutung als einen Organisationsakt kennzeichnen[3].

Die Organisation der Kompetenzwahrnehmung hat nicht nur interne Bedeutung. Der geregelte Geschäftsgang, die Funktionsfähigkeit eines Kompetenzträgers ist gleicherweise für den äusseren Rechtsverkehr erheblich[4]. So haben Aussenstehende

---

1) Dieser Tatsache entspricht die bei der Schaffung von Organen und Ämtern unterschiedene Bildung, Errichtung und Einrichtung. In diesem Zusammenhang handelt es sich um die Einrichtung von Wahrnehmungssubjekten. - WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 II, versteht unter "Einrichtung" die Bereitstellung der persönlichen und sachlichen Mittel. - Über die Organisationstechnik bei der Einrichtung von Behörden und die Beschaffung von Mitteln und Werkzeugen für jede Abteilung vgl. GLASER, Verwaltungstechnik S. 68 ff.

2) NORDSIECK, Organisation S. 1, beschäftigt sich unter diesem Aspekt mit der inneren Gliederung eines Verwaltungsträgers, indem er die organisatorische Problematik einer zweckmäßigen Geschäfts- und Aufgabenverteilung und einer Verbindung aller Arbeitsleistungen zu einem Gesamterfolg i.S. der gemeinschaftlichen Zielstellung (Koordinierung) untersucht.

3) Auf diese Qualität des Rechtsaktes, vermittels dessen Ämter - die kleinsten selbständigen institutionellen Subjekte von Wahrnehmungszuständigkeiten - eingerichtet werden, verweist GIERE in PETERs Handbuch II S. 7 f.

4) vgl. MEYERS in LKT, Eildienst Jahrgang 1959 S. 203 f; KOELLREUTTER, Grundfragen S. 75; RASCH in DöV 1957 S. 337.

ein berechtigtes Interesse an einer übersichtlichen, praktikablen, wirtschaftlich-planvollen Regelung der Wahrnehmungszuständigkeit[1]. Gibt eine getroffene Zuständigkeitsregelung intern eine Garantie für einen geordneten Geschäftsgang, so bietet sie im Verhältnis zu Dritten den Vorzug eines zweckmäßigen und zügigen Rechtsvollzuges der Kompetenz. Überdies hat eine fortdauernde Erledigung bestimmter Geschäfte durch ein und dasselbe Subjekt den Vorteil sachkundiger und sachgerechter Wahrnehmung. Dementsprechend wird eine unzureichende Regelung der Wahrnehmungszuständigkeiten primär als Mangel der Organisation empfunden[2].

Man könnte nun meinen, es handele sich bei der Einräumung von Wahrnehmungszuständigkeiten in der Hauptsache um einen rein faktischen Vorgang. Diese Organisation erfolgt jedoch n o r m a t i v , vollzieht sich nicht im rechtsfreien Raum [3]. Die Bildung von Wahrnehmungszuständigkeiten und

---

1) GIERE verweist in PETERS Handbuch II S. 7 auf das Verlangen des Bürgers nach klarem Aufbau, zweckmäßiger Arbeit und Kostenersparnis innerhalb der Verwaltung.

2) Vgl. dazu WOLFF, Staatsperson S. 192, wobei er allerdings die Dinge behandelt unter dem Aspekt der Organisation als Normensystem, weniger also in dem hier dargelegten Sinne. - Vgl. KÖTTGEN, Verwaltungseinheit S. 2, über die Notwendigkeit einer Organisationstechnik. - In diesem Sinne bedeutet die gegenwärtig oft geforderte Verwaltungsvereinfachung ein Herabmindern des Gebrauchs- und Verbrauchs von persönlichen und sachlichen Mitteln.

3) Das bringt BURCKHARDT, Organisation S. 123 ff., klar zum Ausdruck, wenn er die Organisation erfasst als normative Zuständigkeitsordnung der Rechtsgemeinschaft. - WOLFF, Verwaltungsrecht II § 71 I unterscheidet zwischen einer faktischen und normativen Organisation.

deren Abgrenzung gegeneinander ist nicht nur ein rein praktisch-technischer, sondern vielmehr ein juristisch-normativer Akt, demnach ein Rechtsakt[1].

Soll ein Privatrechtssubjekt eine staatliche Kompetenz wahrnehmen, so muß es dazu befugt sein. Diese Befugnis erhält das Privatrechtssubjekt mit der Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz[2].

Wie mit der Bezeichnung sinnfällig zum Ausdruck gebracht wird, handelt es sich bei dieser Wahrnehmungszuständigkeit auch um eine Zuständigkeit entsprechend der oben entwickelten Begriffsbestimmung. Weil die (kompetente) Wahrnehmung erfolgt auf Grund diesbezüglicher Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen, stellt sich die Wahrnehmungszuständigkeit dar als die Bezogenheit dieser (Wahrnehmungs-)kompetenz auf ein Subjekt.

Die sinnentsprechende Übereinstimmung erstreckt sich sowohl auf den Zuständigkeits- wie auf den Kompetenzbegriff. So versteht man unter Wahrnehmungskompetenz den Gegenstand der Wahrnehmungszu-

---

1) vgl. ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 305, der darauf hinweist, daß man es bei aller Tätigkeit und Funktion als aktueller Betätigung der staatlichen Organe und ihrer Zuständigkeiten mit ganz bestimmten amtlichen Aufgaben, amtlichen Obliegenheiten, amtlichen Befugnissen, mit Pflichten und Rechten zu tun habe. - Vgl. KÖTTGEN, Verwaltungseinheit S. 42 zur Zuständigkeitsordnung als Ergebnis von Kompetenznormen.

2) vgl. dazu v.WICK, Diss. S. 45, der diese Frage, allerdings unter dem besonderen Aspekt der Wahrnehmungskompetenz im Bereich der Bundesregierung behandelt. Was aber dort über die Wahrnehmung (organ-)fremder Kompetenzen gesagt ist, dasselbe muß auch dann gelten, wenn es generell um die Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen durch andere Rechtssubjekte geht.

ständigkeit, also die Berechtigung und (oder) Verpflichtung zur Wahrnehmung einer (in der Regel fremden) Kompetenz[1].

Wie zuvor - im Zusammenhang mit den organschaftlichen (Wahrnehmungs-) Zuständigkeiten - angedeutet wurde[2], unterscheiden sich Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit im Hinblick auf den Inhalt der Kompetenzen, die sie zum Gegenstand haben. Die Zuständigkeit als die subjektive Beziehung von Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen ist nicht identisch mit der Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung dieser Kompetenzen. Bei der letzteren handelt es sich um die Wahrnehmungszuständigkeit[3].

Man[4] spricht von Wahrnehmungszuständigkeit, wenn die Verpflichtung oder Berechtigung (nur) zur Wahrnehmung einer Berechtigung oder Verpflichtung in Rede steht, insbesondere dann, wenn diese (wahrzunehmenden Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen) einer anderen Person endgültig zustehen, so daß sie dem wahrnehmungszuständigen Subjekt nicht zugeordnet werden.

Entscheidend ist demnach, daß für die Begründung einer Wahrnehmungszuständigkeit die davon er-

---

1) Im üblichen Sprachgebrauch wird gerade bei diesem Begriff die äussere Erscheinungsform in den Vordergrund gestellt, so daß von Geschäften, Handlungen und Verrichtungen die Rede ist.
2) vgl. oben S. 21 f.
3) Die Worte "Ausübung" und "ausüben" werden in diesem Sinnzusammenhang zweckmäßigerweise vermieden, da mit ihnen begrifflich die Vorstellung verbunden wird, daß eigene Rechte genutzt werden.
4) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 72 I b 2.

fassten Rechte und (oder) Pflichten nicht übertragen werden, sondern eben ihrem bisherigen Subjekt verbleiben.

Bei der n a t ü r l i c h e n Person sind im Regelfall Eigen-Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit in einem Subjekt vereinigt[1)2)]. Diese Rechtslage kann dadurch verändert werden, daß im Wege rechtsgeschäftlicher Berechtigung und Verpflichtung einem anderen Rechtssubjekt die Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt wird[3)].

Anders verhält es sich bei den o r g a n i s i e r t e n rechtlichen E i n h e i t e n. Subjekt der W a h r n e h m u n g s - Zuständigkeit ist nicht die organisierte Einheit. Subjekte

---

1) Wobei allerdings fraglich ist, ob man nach der gegebenen Definition der Wahrnehmungszuständigkeit hier überhaupt diesen Begriff verwenden darf, da sie in der Regel die Existenz mindestens zweier Subjekte voraussetzt. - Nachdem wir es zuvor bereits mit der technischen Bewerkstelligung der Wahrnehmung von Kompetenzen zu tun hatten, erscheint nunmehr das Problem von seiner rechtlichen Seite.

2) Das ist auch dann der Fall, wenn der Zuständigkeitsträger z.B. in der Geschäftsfähigkeit oder der Verfügungsmacht beschränkt ist. Es bedarf dann nur zur rechtswirksamen Wahrnehmung der Mitwirkung bestimmter anderer Rechtssubjekte. - Zuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit sind verschiedenen Subjekten zugewiesen, z.B. bei der Pflegschaft und schlechthin bei "Rechtswaltung", z.B. Konkursverwaltung, Testamentsvollstreckung, Nachlaß- und Zwangsverwaltung. - Vgl. WOLFF, Vertretung S. 206 ff.

3) Beispielsweise durch Beauftragung und Bevollmächtigung. Bei der Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses treffen Rechtszuständigkeit und Wahrnehmungszuständigkeit wieder in einem Rechtssubjekt zusammen, da die Vereinbarung der Treuhand die (fiduziarische) Rechtsübertragung mit sich bringt.

sind die - insoweit selbständigen - Organe[1]. Auch hier besteht die Möglichkeit zur Übertragung von Wahrnehmungszuständigkeiten, d.h. Änderung oder Neuregelung der bestehenden Wahrnehmungszuständigkeitsordnung. Zusätzlich kann ebenfalls anderen Rechtspersonen im Wege rechtsgeschäftlicher Berechtigung und Verpflichtung die Zuständigkeit zugewiesen werden, die Kompetenzen der rechtlich organisierten Einheit wahrzunehmen[2].

Während bei den natürlichen Personen im Regelfall Inhaber der Kompetenz (= der Eigen-Zuständige) und Inhaber der Wahrnehmungskompetenz (= der Wahrnehmungszuständige) identisch sind, handelt es sich bei der organisierten Einheit insofern um verschiedene Rechtssubjekte.

Die Wahrnehmungszuständigkeit kann man - und das findet man wiederholt im Schrifttum - aus verschiedenen Aspekten erfassen. Sie erscheint als Befugnis, Recht, Berechtigung, Rechtsmacht, Obliegenheit, Pflicht, Verpflichtung, Indienstnahme, Auftrag, Aufgabe u.a..

Unzureichend ist es, die Wahrnehmungszuständigkeit nur aus einem der aufgeführten Aspekte zu begreifen, da sie grundsätzlich einen berechtigenden <u>und</u> einen verpflichtenden Teil enthält. Jedenfalls bezeichnet sie eine aktive, potentielle Rechtsstel-

---

1) Die Gründe für diese Regelung, nämlich die Handlungsunfähigkeit der nur gedachten - personifizierten wie nichtpersonifizierten - Einheit sind oben S. 3 f angedeutet.

2) z.B. eine Aktiengesellschaft beauftragt und bevollmächtigt einen Notar zum Verkauf eines Grundstückes. Diese Rechtsgeschäfte beinhalten die Berechtigung und Verpflichtung zur Wahrnehmung bestimmter aus dem Eigentum resultierender Rechte mit Rechtswirkung für die (vertretene) Organisation.

lung, eben die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer (fremden) Kompetenz.

Wahrnehmungszuständigkeiten unterscheiden sich nach der Art ihrer rechtlichen Begründung in organisationsrechliche und nicht-organisationsrechtliche.

Diese Unterscheidung geht nicht aus - wie sich zeigen wird - von der Verschiedenheit der Zuständigkeitssubjekte, in der Weise, daß etwa die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der (Eigen-) zuständigkeiten einer Organisation grundsätzlich als organisationsrechtlich angesehen würde.

Die Einräumung der organisationsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeit erfolgt durch organisatorischen Rechtssatz oder auf dessen rechtlicher Grundlage[1]. In negativer Abgrenzung sind Wahrnehmungszuständigkeiten immer dann nicht organisationsrechtlich, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar auf organisatorischen Rechtssätzen beruhen[2].

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 I e 1 - zur rechtssatzmäßigen Begründung der Zuständigkeit auch HAMANN, NJW 1956 S. 4; OBERMAYER, JZ 1956 S. 625 ff.; RASCH, DöV 1957 S. 337 ff.; SPANNER, DöV 1957 S. 640 ff. (insbesondere S. 641).

2) § 31 BGB stellt entscheidend für die organschaftliche Vertretung auf eine "verfassungsmäßige" Begründung ab. Diese verfassungsmäßige Berufung eines Vertretungssubjekts als Organ geht maßgeblich auf v.GIERKE, Dt. Privatrecht III S. 472 ff., zurück. Auf Grund dieser besonderen Rechtsform und des besonderen Gehalts des die Vertretungsbefugnis begründenden Rechtsakts trägt nach GIERKE das Organ - im Vergleich zum (allgemeinen) Vertreter - einen völlig verschiedenen rechtlichen Charakter. - Vgl. SCHLOSSMANN, JheringsJ Band 44 S. 289.

Um diese Gegensätzlichkeit zu verdeutlichen, ist eine Begriffsdefinition des organisatorischen Rechtssatzes erforderlich. Unter "Rechtssatz" zunächst ist im Anschluß an Hans J. WOLFF[1] zu verstehen "der geschriebene oder ungeschriebene Ausdruck jeder auf das äussere Verhalten von Menschen bezüglichen abstrakten Anordnung[2] (Norm), die auftritt mit dem Anspruch, verbindlich zu sein, weil sie mit dem Rechtsprinzip übereinstimmt, und die als positiver Rechtssatz und damit in der Regel sozial gilt"[3].

Die Wesensbestimmung in diesem Sinne ist ganz elementar gehalten und bedarf insofern einer Erweiterung, als es ausser den Menschen auch rechtstechnische Subjekte von Rechtssätzen gibt[4].

Ein Rechtssatz gewinnt die besondere Qualität, organisatorisch zu sein, durch seinen besonderen

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II b.
2) Diese Abstraktheit im Gegensatz zur Einzelanordnung kommt auch in der Definition von MAYER, Dt. Verwaltungsrecht I S. 66, zum Ausdruck: "Der Rechtssatz ist eine Bestimmung dessen, was Rechtens sein soll für jedermann, bei dem ein nach allgemeinen Merkmalen gezeichneter Tatbestand sich verwirklicht findet". - Als abstrakte rechtliche Anordnung erfasst ihn auch MEYER, Begriff S. 15. Demgegenüber fehlt diese Kennzeichnung bei FORSTHOFF, Lehrbuch S. 385 f.
3) Zum Rechtssatzbegriff vgl. auch OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 54 und derselbe in DöV 1954 S.76, DVBl. 1959 S. 355 über die Rechtssatzqualität der Zuständigkeitsbestimmung mit zahlreichen Literaturhinweisen. Vgl. auch KLEIN, K.H., Übertragung S. 72 - einen dogmengeschichtlichen Überblick gibt BÖCKENFÖRDE u.a. S. 227 f., 245 f., 308, 319.
4) Das räumt auch WOLFF, Verwaltungsrecht I § 24 II ein: ..."rechtstechnisch aber auch juristische Personen und deren Organe".

Zweck und Inhalt, indem er nämlich das äußere Verhalten von Rechtssubjekten innerhalb sozialer Verbände oder Sachgesamtheiten regelt. Von diesen abstrakten Anordnungen können schlechthin Rechtssubjekte, also neben den als Funktionseinheiten in die Organisation eingegliederten natürlichen Personen auch künstliche Normadressaten betroffen sein. Das ist allerdings nur rechtstechnisch zu verstehen, da rechtselementar nur natürlichen Personen ein bestimmtes äußeres Verhalten vorgeschrieben werden kann. Von den organisatorischen Rechtssätzen sind unterschieden alle diejenigen Rechtssätze, die sich auf die interindividuelle Rechtssphäre beziehen.

Das Funktionssystem sozialer oder anderer zusammengefasster Einheiten ist demnach Folge organisatorischer Rechtssätze.

Wenn aber eine organisationsrechtliche Wahrnehmungszuständigkeit auf organisatorischem Rechtssatz beruht, so stellt sie sich dar als Rechtswirkung einer abstrakten Anordnung, die ihr Subjekt zur Wahrnehmung der Kompetenzen einer rechtlichen Einheit berechtigt und verpflichtet. Demnach erschöpft sich die Besonderheit der organisationsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeit in der Qualität ihres Begründungsaktes. Diese Qualität besteht aus der Abstraktheit der Anordnung und in deren gegenständlichen Bindung an eine Organisation. Nur wenn durch einen Rechtssatz die Wahrnehmungszuständigkeit für einen Personen- oder Sachverband geregelt wird, gewinnt diese Wahrnehmungszuständigkeit den spezifisch organisationsrechtlichen Cha-

rakter[1]. Es genügt jedoch für den Rechtsvorgang der Begründung einer organisationsrechtlichen Wahrnehmungskompetenz, daß sie durch konkretisierenden Rechtsakt auf der Grundlage eines derartigen (organisatorischen) Rechtssatzes geschaffen wird.

Damit wird auch die - zuvor erwähnte - negative Abgrenzung der nichtorganisationsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeiten möglich. Da lediglich die organisatorischen Rechtssätze und die derartige Rechtssätze konkretisierende Rechtsakte ausscheiden, kommen für den Begründungsakt einer nichtorganisationsrechtlichen Wahrnehmungszuständigkeit alle anderen Rechtsvorgänge in Betracht, durch die ein Rechtssubjekt zu bestimmten Rechtshandlungen berechtigt und (oder) verpflichtet werden kann, also ein Gesetz[2] oder Rechtsgeschäfte[3], die auf gesetzlicher Grundlage beruhen.

---

1) Rechtssätze, die individualrechtliche Angelegenheiten und insbesondere deren Wahrnehmung betreffen, sind folglich nicht organisatorisch, auch wenn auf ihrer Grundlage rechtlich organisierte Einheiten (sogenannte organisatorische) Regelungen vornehmen können. Z.B. §§ 164 ff., 662 ff. BGB.

2) Z.B. Vater als gesetzlicher Vertreter, Vormund, Ehegatte nach früherem Güterrecht, Konkursverwalter.

3) Z.B. Beauftragung, § 662 ff. BGB, Bevollmächtigung § 167 BGB.

5. Kapitel: Konstruktion des Rechtsinstituts der Beleihung.

§ 8: Wortbedeutung und Geschichte der Beleihung.

Mit der Erörterung der Begriffe der Zuständigkeit, Kompetenz und öffentlich-rechtlichen Staatskompetenz ist eine Grundlage für die Begriffsbestimmung der "Beleihung" geschaffen. Eine Legaldefinition dieser Rechtsfigur gibt es nicht. Auch fehlt es an einer gesetzlichen Umschreibung, aus der man im Wege des Rückschlusses oder der Abgrenzung Wesensmerkmale ersehen könnte. Die vorhandenen Begriffsbestimmungen sind von der Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelt. Ihre Überprüfung läßt zwei Tatsachen erkennen: 1) Es gibt keinen Beleihungsbegriff, dem man auf Grund mehrheitlicher Verwendung das Prädikat "herrschende Meinung" beimessen könnte. Noch heute ist es streitig, ob der Lehre vom "beliehenen Unternehmer" ein Platz im deutschen Verwaltungsrecht wirklich gebührt[1]. 2) Für die Rechtsfigur des Beliehenen fehlt jede in sich geschlossene, nach bestimmten Merkmalen ausgerichtete konsequente Systematik. Die Vielzahl der unterschiedlichen Lehrmeinungen vermittelt den Eindruck begrifflicher Willkür und Unordnung. Weil aber aus diesen Gründen mit dem Begriff der Beleihung keine präzise und klare Aussage gemacht wer-

---

1) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 47; W.JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 526; KAUFMANN, WbStaVR III S. 711 ff.; O. BÜHLER, Subjektives öffentliches Recht S. 38.

den kann, besteht neuerdings - wenn auch bisher nur in Einzelfällen - die Tendenz, den Begriff des beliehenen Unternehmers aufzugeben und der jeweiligen Rechtslage entsprechend eine treffendere Bezeichnung zu finden[1].

Will man dennoch eine Begriffsbestimmung der Beleihung versuchen, so ist es methodisch angebracht, vom Sinngehalt des Wortes "Beleihung" auszugehen und im Anschluß daran die Geschichte dieser Rechtsfigur in Praxis und Theorie zu überprüfen.

Das Wort "Beleihung" findet Verwendung innerhalb verschiedener Rechtsgebiete[2] und bezeichnet zunächst ganz allgemein einen Rechtsvorgang. Um eine Begriffsbestimmung für das verwaltungsrechtliche Institut der Beleihung zu finden, unterzieht man zweckmäßigerweise das Wort einer sprachlichen und sprachgeschichtlichen Analyse[3]. Bei der Wortbildung handelt es sich um eine Substantivierung des Verbums "beleihen" in der Bedeutung von "belehnen", "verleihen". Mit diesen Worten wird zum Ausdruck gebracht, daß dem Belehnten etwas auf gewisse Bedingungen und auf Wiedereinziehung gegeben wird, wobei es sich also nicht um einen be-

---

1) vgl. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 211 ff., mit seiner "Widmung eines privaten Unternehmens für einen öffentlichen Zweck". Ferner STERN, AöR Band 84 S. 173 für die Rechtsstellung der Energieversorgungsunternehmen und IPSEN, Indienstnahme, mit seiner Einschaltung Privater für Verwaltungsaufgaben.
2) vgl. die diesbezügliche Zusammenstellung bei BRAND, Diss. S. 3
3) vgl. die ähnliche Arbeitsweise von BRAND, Diss. S. 3.

stimmten Gegenstand handelt[1].

Demnach ist die Belehnung zunächst nichts anderes als eine Übertragung besonderen Inhalts. Diese allgemeine Sinnbedeutung ist durch den Sprachgebrauch nur wenig präzisiert worden.

Die Worte Belehnung, Lehen, Lehnsherr, Belehnter, Leihe bezeichnen in ihrer anfänglichen Verwendung eine Vielzahl von Rechtserscheinungen des mittelalterlichen Soziallebens, ohne daß mit ihnen eine systematische, feste, gleichbleibende, rechtsinhaltlich genaue Vorstellung verbunden ist.[2] Die Lehnsverhältnisse zwischen Lehnsherr und Belehntem waren von Fall zu Fall wegen der jeweils andersgearteten Gegebenheiten unterschiedlich, insbesondere weil die Belehnung nicht einheitlich Gleiches zum Inhalt hatte.

Dem stand jedoch nicht entgegen, daß alle diese Varianten mit demselben Ausdruck erfasst wurden, war den Lehen doch eines gemein, nämlich die Verleihung eines Rechtes als materielle Grundlage von

---

1) GRIMMS Wörterbuch VI. Band Art. Lehen, Lehn: "etwas dargeliehenes im allgemeinen, wie sonst anlehen, darlehen, so im ahd., wo lêhan (nach den Lautgesetzen aus leihan entstanden) ... auch foedus usura heisst im ags. loen, englisch loan, altnord. lân, dänisch laan, die nur diese Bedeutung kennen.

Ein vom Oberherrn dem Vasallen auf gewisse Bedingungen und auf Wiedereinziehung verliehenes Grundbesitzthum, foedum; althd. lehân, beneficium, prädium, mhd. lehen; mitteld. lêhn; foedum, ein Lehen, lechen, len, leyn.

2) Belehnen, iure beneficiario tribuere; mhd. belêhnen, belêhent schild: mit einem Grundstück, amt, einer Würde belehnen.

Damit du Ernst, der zweite deines Namens
belehnet werdest mit dem Herzogtum.
Uhland, Ernst 32.

Diensten[1]. Im Regelfall begründete dieses eingeräumte Recht für den Belehnten ein Amt.

Insoweit lässt sich feststellen, daß durch den Sprachgebrauch das Wort zu einem Rechtsbegriff wurde.

Im Zuge sprachlicher Umwandlung veränderte sich "Belehnung" bei gleichbleibendem Sinngehalt in "Beleihung".

Das im frühen Mittelalter weitverbreitete Lehnswesen verlor durch die soziale und rechtliche Entwicklung der Folgezeit immer mehr an Bedeutung und blieb schliesslich nur noch in weitaus abgeschwächter Form erhalten[2], wobei man darüber streiten mag, ob man diese modifizierten Rechtserscheinungen mit der gleichen Bezeichnung noch sinnentsprechend benennt. Dieser Streit wäre jedoch müßig, da für ihn keine festen Gegenpositionen bestehen. Das Wort "Beleihung" (Belehnung) ist in seinem (Wort-) sinngehalt so indifferent und in der Aussage über den Inhalt des mit ihm bezeichneten Vorgangs so unergiebig, daß auch Modifikationen oder Inhaltsveränderungen eine Umbenennung nicht erforderlich machen.

Die abgeschwächten lehnsrechtlichen Erscheinungsformen entsprachen weiterhin dem Prinzip der Rechtsfigur, nämlich der Verleihung von Rechten als materielle Grundlage von Diensten. In dieser - allgemeinen - Sinnbedeutung begegnet uns das

---

1) vgl. dazu MITTEIS, Lehnrecht S. 591 ff.
2) Über die Modifikationen des Lehnswesens in Österreich im Laufe des 19. Jahrhunderts vgl. BRUNNER, Land und Herrschaft S. 401 f.

Wort "Beleihung" im Bereich des Organisationsrechtes.

Die begrifflich-terminologischen Schwierigkeiten werden erhöht durch die Tatsache, daß mit Beleihung ebenfalls - wie oben erwähnt - völlig andersartige Rechtsvorgänge bezeichnet werden[1]. Die vielseitige Verwendung des Wortes ist möglich, weil es in seiner elementaren Bedeutung nicht ein b e s t i m m t e s Objekt betrifft. Weil aber das Wort inhaltlich keine Grenzen setzt, wurden ihm Sinngehalte beigemessen, die sich schlechthin nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen. Die immer wieder anzutreffende irrige begriffliche Identifizierung der Erteilung von Betriebsrechten, Rechten auf gesteigerten Sondergebrauch an öffentlichen Sachen oder Privilegien oder Rechten zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen unter der Bezeichnung einer "Beleihung" und die daraus entstehende inkonsequente Systematisierung dieser Rechtsfigur zeigen, daß konkrete und richtige Vorstellungen über Wesen und Rechtsproblematik, Wirklichkeit und Bedeutung der Beleihung weithin fehlen. Um mit dem Wort Beleihung eine bestimmte Rechtserscheinung zu benennen, bedarf es einer - wenn auch in der Praxis der Rechtssprache oft nur stillschweigend hinzugefügten - Ergänzung des jeweiligen Rechtsgehaltes der Beleihung. Erst dann ist zu erkennen, ob z.B. die zivil-sachenrechtliche Be-

---

1) z.B. Erteilung von Rechten zum Betrieb von Anlagen oder Einrichtungen, der unter dem Vorbehalt staatlicher Betriebsgenehmigung steht. Statt vieler vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 548 f. - Ferner die Verleihung eines Rechtes auf gesteigerten Sondergebrauch an öffentlichen Sachen. Wiederum statt vieler W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 511.

leihung von Grundstücken bei Realkrediten oder - wie hier - die organisationsrechtliche Beleihung gemeint ist.

Verfolgt man die Rechtsgeschichte der Beleihung, so stellt man fest, daß ihrer ursprünglichen Konstruktion und Bildung ein Sachverhalt zugrundelag, der heute der rechtsgeschichtlichen Vergangenheit angehört. Er findet sich in einer Zeit, als es einen staatlichen Organisationsapparat entsprechend gegenwärtiger Art und Form nicht gab, und die Landesherren ihre hoheitlichen Zuständigkeiten durch Privatpersonen - oft Anverwandte oder politische Verbündete - zuständig wahrnehmen liessen[1]. Mit zunehmender Organisation des Staatswesens und der Einrichtung einer Beamtenschaft erlangte auch die Beleihung - wenn auch zuweilen nur in mittelbarer Auswirkung - einen festumrissenen inhaltlichen Sinn und Zweck und entwickelte sich zu einem Rechtsinstitut.

Immer wenn dem Staat daran gelegen war, die besondere Sachkenntnis, das Fachwissen, die Erfahrung und wirtschaftliche Arbeitsweise von Privatpersonen oder privaten Organisationen auszunutzen, empfahl

---

1) z.B. Statthalter, Fürstendiener, Staatsdiener. Der Fürstendiener des deutschen Mittelalters leistete dem Herrscher seine Dienste, ohne daß eine normierte Rechtsgrundlage oder festumrissene Rechtsstellung oder ein genau abgegrenzter Bereich von rechtlichen Befugnissen bestand. Die Entwicklung vom Fürstendiener zum Staatsdiener und somit zum Repräsentanten der Staatsgewalt, d.h. zur Beamtenschaft, vollzog sich erst im 18. Jahrhundert. "Mit der Ablösung des fürstlich-monarchischen Absolutismus durch die Gesamtwillensbildung des Staates, mit dessen Erstarkung zur selbständigen Rechtspersönlichkeit und mit der Zusammenfassung der Hoheitsgewalten in dieser Rechtspersönlichkeit". Vgl. OTTO in ZBR 1956 S. 233.

sich ihm die Beleihung von Privatrechtssubjekten mit der Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen[1]. Für zahlreiche staatliche Aufgabengebiete ist es erwiesen, daß der Beliehene eine Aufgabe rentabler und erfolgreicher erledigen kann, als der Staat dazu imstande wäre[2].

Durch die Veränderung der politischen, sozialen und rechtlichen Gegebenheiten gingen für den Beliehenen zahlreiche Funktionsbereiche verloren (z.B. Eintreibung von Steuern als sogenannter Steuerpächter, Gerichts- und Polizeigewalt der Gutsherren, hoheitliche Funktionen der Kolonialgesellschaften)[3]. Gleichwohl werden auch diese - längst überholten - Zuständigkeiten und Kompetenzen bei aktuellen Darstellungen der Rechtsfigur des Beliehenen einbezogen, was nicht immer zum Verständnis beiträgt.

Eine zweite Ursache für die unterschiedliche Darstellung der Beleihung liegt in der Tatsache, daß

---

1) KÖTTGEN, VVDStrL Heft 6 S. 132, erwähnt allerdings die Schwierigkeiten der Übertragung des auf privatwirtschaftlichem Boden erwachsenen Rentabilitätsprinzips auf öffentliche Verwaltungszweige. Hier lasse sich eine Verlust- und Gewinnrechnung schwerlich ermitteln.

2) vgl. MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 434. - Über die Zweckmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben vgl. IPSEN, Indienstnahme S. 141. - GIGER, Mitwirkung S. 230 f., betrachtet die Mitwirkung privater Verbände in der öffentlichen Verwaltung als Gegengewicht gegen die Monopolstellung des Staates.

3) Einen Überblick über frühere Funktionen des Beliehenen geben HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 534; BRAND, Diss. S. 9; KRAWINKEL, Lehnswesen S. 29.

es vom neuzeitlichen Organisationsrecht vorgefunden[1] und mit seinen qualitativen Eigenarten übernommen und eingeordnet wurde[2].

§ 9: Theorie der Beleihung.

Die Theorie der Beleihung ist - wie angedeutet - uneinheitlich. Die Unterschiedlichkeit der Lehrmeinungen betrifft in der Hauptsache den Gegenstand der Beleihung. Es wird vertreten, daß es sich dabei handle um "öffentliche Gewalt"[3], "Hoheitsrechte"[4], "Hoheitsbefugnisse"[5], "Anteil an der öffentlichen Gewalt"[6], "ein Stück öffentlicher Verwaltung"[7], "bestimmte Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen

---

1) Ähnliche Einrichtungen finden sich bereits - allerdings unter völlig andersartigen Gesamtumständen - in der Verwaltungsorganisation des römischen Staates, z.B. Steuerpächter.
2) IPSEN, Indienstnahme S. 141, spricht von den funktionell bestimmten und erstarrten Kategorien, Konstruktionen und überalterten Ordnungssystemen.
3) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 95 und S. 243; WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 III; WOLFF, AöR Band 76 S. 209; SPRENGEL, JZ 1952 S. 138 ff.; WEBER, Körperschaften S. 72; CANTNER, Diss. S. 58; BRAND, Diss. S. 52. - RGZ 142/190 ff. (196).
4) HATSCHEK, Lehrbuch S. 386; v. TUREGG, Lehrbuch S. 87.
5) SALZWEDEL, Grenzen S. 40; KAUFMANN, WbStaVR III S. 710; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 105.
6) v. KÖHLER, Grundlehren S. 145.
7) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243; KORMANN, Einführung S. 166; HOLLING, Verwaltungsrecht S. 13; NEBINGER, Verwaltungsrecht S. 15; BRAND, Diss. S. 27 ff.; POTSCHTER, Diss. S. 11

Verwaltung"[1], "beliebige Funktionen des Staates"[2] und um "öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten zur Ausübung im eigenen Namen"[3].

Trotz aller Differenzen der von den einzelnen Autoren gegebenen Darstellungen lassen sich bei großzügiger Gleichsetzung zwei Grundansichten herausfinden[4], die - was die Anzahl ihrer Anhänger anbetrifft - ungefähr mit gleicher Intensität vertreten werden. Zufolge der einen Meinung wird mit der Beleihung einem Privatrechtssubjekt das Recht zur Anwendung hoheitlicher Maßnahmen eingeräumt [5]. Demgegenüber wird nach der anderen Auffassung ein Privatrechtssubjekt mit der Beleihung zu einer Tätigkeit berechtigt und verpflichtet, die sich sachlich

---

1) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 533 und in Selbstverwaltung S. 16 und in DVBl 1952 S.456 ff.; FLEINER, Institutionen S. 345; GIESE, Staatsrecht S. 73; JERUSALEM, Grundriss S. 81 f.; v. TUREGG, Lehrbuch S. 305; NEBINGER, Verwaltungsrecht S. 15; STERN, AöR Band 84 S. 172 f.; OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61, 146. Ähnlich auch ANTONIOLLI, Verwaltungsrecht S. 186. - Bayer. Kompetenzkonfliktshof in BayVBl. 1957 S. 253 f. (254).
2) JERUSALEM, Grundriss S. 81.
3) WOLFF, AöR Band 76 S. 209; MENGER, AöR Band 78 S. 160.
4) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 262, stellt in einer Übersicht drei Gruppen von Begriffsbildungen zusammen: 1. Verleihung eines öffentlichen Unternehmens, d.h. Verleihung der materiell-öffentlichrechtlichen Qualität bestimmter rechtserheblicher Handlungen (nach MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243). 2. Aufgabentheorie, die von der Existenz "spezifisch staatlicher" Aufgaben ausgeht und deren Übertragung als Verleihung konstruiert. 3. Rechtsstellungstheorie, die nur die Verleihung von Hoheitsbefugnissen anerkennt.
5) So die in den (S. 56) Anm. 3-6 genannten Autoren und überdies HERRNRITT, Grundlehren S. 242 f.

als Funktion des Staates oder eines anderen Hoheitsträgers darstellt[1].

Die Lehrmeinung von O. MAYER läßt sich weder der einen noch der anderen Grundansicht zuordnen. Er definiert die Beleihung als "die Einräumung rechtlicher Macht über ein Stück öffentlicher Verwaltung auf eine Privatperson zur Ausübung eigenen Namens"[2].

Zwar gewinnt man zunächst den Eindruck, daß auch hier der Akzent auf der Besonderheit der Funktion liegt. Eine sorgfältige Betrachtung führt jedoch zu einem anderen Ergebnis. Da einige Autoren der Verwaltungsrechtswissenschaft die Definition von MAYER übernommen haben, soll sie im folgenden eingehender analysiert werden, ehe dann die weitere Überprüfung der Lehrmeinungen auf die zwei genannten Grundansichten beschränkt wird.

Es ist verwunderlich, wie sehr die inhaltlich unklare Begriffsbildung vom "Stück öffentlicher Verwaltung" Schule gemacht und sich durchgesetzt hat[3].

Bei der herrschenden Bedeutung, die das verwaltungsrechtliche Werk von O. MAYER über viele Jahre hinweg gehabt hat, nimmt das jedoch nicht Wunder. Man wird schwerlich nachweisen, daß diese Bezeichnung völlig unzutreffend ist und daß die Beleihung kein Stück öffentlicher Verwaltung zum Gegenstand

---

1) So die in den Anm. 7 (S.56) und 1-3(S.57) genannten Autoren.
2) vgl. Dt. Verwaltungsrecht II S. 243
3) vgl. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 49 ff., der darauf verweist, daß die in der Perspektive des modernen Verwaltungsrechts verwickelten Ausführungen von MAYER sich ohne den "eigenwilligen Stempel des Autors" gar nicht verstehen lassen. MAYERs Begriff der Beleihung lasse sich nur im Zusammenhang mit seinem gesamten System begreifen. Daß die meisten Autoren dies übersehen hätten, sei die Ursache der vielen Mißverständnisse.

habe. Der Fehler in der Begriffsbildung von MAYER liegt in der Mehrdeutigkeit des von ihm gewählten Wortes: Stück. Hier müssen Kritik und Verbesserungsvorschläge ansetzen. Unter einem "Stück öffentlicher Verwaltung" können Rechtsobjekte begriffen werden, die nicht Gegenstand einer Beleihung sein können.

Das Wort "Stück" bietet innerhalb der Rechtssprache keinerlei p r ä z i s e Angabe[1]. Ist das Wort schon als Mengenbezeichnung ungenau, so erweist es sich für die Benennung eines bestimmten Gegenstandes infolge seiner Indifferenz als völlig unzureichend. In dieser Bedeutung aber - nämlich zur Bezeichnung eines bestimmten Objektes - hat MAYER das Wort verwenden wollen, wenn er vom "Stück öffentlicher Verwaltung" spricht[2].

Nach seinen eigenen Erklärungen[3] kann sich ein Stück öffentlicher Verwaltung verkörpern in einer öffentlichen Sache und in einer Tätigkeit, die durch besonderen Zweck gekennzeichnet und abgegrenzt ist als ein "öffentliches Unternehmen".

Die Verleihung eines Gebrauchsrechtes an einer öffentlichen Sache i.S. von MAYER ist heute begriff-

---

1) Der Stückbegriff hat rechtliche Bedeutung im Schuldrecht und ist dort weder Mengen- noch Artbezeichnung. Vielmehr spricht man vom "Stück"-Kauf oder einer "Stück"-Schuld, wenn ein zunächst nur nach Gattungsmerkmalen gekennzeichneter Gegenstand durch Konkretisierung, Individualisierung näher bestimmt wird. Im entsprechenden Sinn ist auch beim wertpapierrechtlichen "Stücke"-Verzeichnis davon die Rede, §§ 18 ff. Depotgesetz.

2) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht I S. 104, definiert auch das "subjektive öffentliche Recht" als die dem Untertanen verliehene "Macht über ein Stück öffentlicher Verwaltung". Die Verwaltungsrechtslehre ist ihm hinsichtlich dieser Definition nicht gefolgt, da sie es an Präzision fehlen lässt.

3) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243.

lich in dem Rechtsinstitut der "Verleihung" erfasst[1] und damit vom Rechtsinstitut der "Beleihung" sinnfällig unterschieden und getrennt. Geht man von dieser Unterscheidung aus, so kommt im Rahmen des Beleihungsbegriffs von O. MAYER als Stück öffentlicher Verwaltung nur in Betracht "eine Tätigkeit, die ausgeübt werden soll", "ein öffentliches Unternehmen"[2].

VOGEL, der sich mit dem - von MAYER geprägten - Begriff des "öffentlichen Unternehmens" eingehend auseinandersetzt, definiert es - im Anschluß an die gesamte verwaltungsrechtliche Systematik von MAYER[3] - als "eine Tätigkeit, die nicht befiehlt oder fordert, äusserlich einer privaten Tätigkeit völlig gleicht und dennoch juristisch auf Grund der an sie anknüpfenden Rechtsfolgen als öffentlich-rechtlich anzusehen ist"[4].

Die Tätigkeit eines Privaten gewinnt durch den Verwaltungsakt der Verleihung diese besondere Qualifikation.

Mit VOGEL ist dieser Begriff des "öffentlichen Unternehmens" für das deutsche Verwaltungsrecht abzu-

---

1) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243, bezeichnet es selbst als ein rein sachenrechtliches Rechtsinstitut.
2) Hierfür - so bemerkt MAYER, Dt. Verwaltungsrecht Band II S. 243 Anm. 1 - sei auch die Bezeichnung "Verleihung einer Konzession" gebräuchlich, weil man auch das durch die Verleihung oder Konzession Erworbene "Konzession" nenne.
3) Die eigene Definition von MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 1, bringt uns hier nicht weiter, da wir uns mit ihr im Kreise bewegen. Er schreibt: "Das öffentliche Unternehmen ist ein durch einen besonderen Zweck gekennzeichnetes und abgegrenztes Stück öffentlicher Verwaltung".
4) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 53.

lehnen[1]. Er hat weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsprechung Zuspruch oder Anerkennung gefunden. "Das deutsche Recht kennt kein öffentliches Unternehmen"[2][3].

---

1) Der Ausgangspunkt der Kritik von KAUFMANN, WbStaVR III S. 710 ff., an der Beleihungslehre von MAYER betrifft dementsprechend die Konstruktion des öffentlichen Unternehmens. Sie sei geprägt von den Grundsätzen des französischen Verwaltungsrechtes und verkenne bestimmte Gegebenheiten des deutschen öffentlichen Rechts. - Vgl. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 55. - Zu dem französisch-rechtlichen,verwandten "service public" und insbesondere dem "établissement d'utilité publique" vgl. JEZE, Verwaltungsrecht S. 41 ff., S. 46 ff. und dem établissement public, WALINE, Droit Administratif S. 351 ff.

2) Siehe zu dieser Problematik die eingehende Erörterung von VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 54-59. Er lässt dabei jedoch die neuerlich wiederholt vorgetragene theoretische Konstruktion des "öffentlichen Unternehmens" als einer gewünschten besonderen Rechtsform für wirtschaftlich-gewerbliche Unternehmen öffentlicher Körperschaften ausser Betracht. Dabei handelt es sich bisher nur um ein vorgeschlagenes Rechtsgebilde. Sachlich kann VOGEL wegen der Bezogenheit auf gewerbliche Interessen des hier in Rede stehenden öffentlichen Unternehmens berechtigt eine völlig getrennte Darstellung der von ihm behandelten öffentlichen Unternehmen (wegen der Besonderheit hoheitlicher Kompetenzen) vornehmen.

3) Der Begriff des "öffentlichen Unternehmens" ist nicht zu verwechseln mit dem der "öffentlichen Einrichtungen". Darunter sind solche Einrichtungen zu verstehen, "zu deren Benutzung alle vom Widmungszweck erfassten Personen, nach allgemein gültiger, grundsätzlich gleicher Regelung durch den Verwaltungsträger zugelassen werden, ohne deren Vorhandensein die Bürger die ihnen dargebotenen Leistungen selbst erbringen könnten oder müßten." Siehe MUNTZKE-SCHLEMPP, Komm.Hess.GO S. 385.- Während es sich bei dem öffentlichen Unternehmen um eine besonders qualifizierte Tätigkeit handelt, ist die öffentliche Einrichtung ein Leistungsprodukt der öffentlichen Verwaltung. - Ebenso ist davon zu unterscheiden die Einrichtung der öffentlichen Unternehmung, worunter zu verstehen ist ein gewerbliches Unternehmen mit totaler Kapitalkonzentration in der Hand eines Hoheitsträgers.

Wenn auch damit die von MAYER selbst dargebotenen Erklärungen über den von ihm verwendeten Begriff des "Stückes öffentlicher Verwaltung" sich zur Charakterisierung des Rechtsinstitutes der Beleihung als unbrauchbar erweisen, so kann man daraus nicht den voreiligen Schluß ziehen, daß er die Beleihung schlechthin verkannt habe. Nur läßt sich bei Zugrundelegung seines Systems und seiner Begriffe und Formulierungen ein konstruktiv klares Bild nicht entwickeln. VOGEL[1] gewinnt in dieser Frage unter Berücksichtigung der gesamten Verwaltungsrechtslehre von O. MAYER den Eindruck, daß der Beliehene - nach Ansicht von MAYER - mit dem öffentlichen Unternehmen ein subjektiv öffentliches Recht erlange. Das aber bringt MAYER - wie erwähnt - keineswegs expressis verbis zum Ausdruck. Es ergibt sich vielmehr erst aus dem gesamten von ihm vertretenen System des öffentlichen Rechts.

Die Beleihung läßt sich mit der Übertragung eines "Stückes öffentlicher Verwaltung" nicht erfassen. Dieser Weg hat bisher terminologisch nur zu unzureichenden Ergebnissen geführt.

Eine weitere Erörterung der einzelnen Lehrmeinungen und ihrer Abweichungen voneinander ist bei der Suche nach den Kennzeichen und Elementen der Beleihungskonstruktion entbehrlich. Für das hier verfolgte Anliegen genügt es, sich mit dem vorhandenen Schrifttum summarisch auseinanderzusetzen, indem man die zwei angeführten Grundansichten im Hinblick auf Wesensgehalt und Kriterien der Be-

---

1) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 50.

leihung auswertet.

Zufolge der einen Auffassung handelt es sich bei der Beleihung um die Ermächtigung eines Privatrechtssubjektes zur Anwendung hoheitlicher Rechtsformen. Deckt man die in diesem Tatbestand enthaltenen rechtlichen Zusammenhänge auf, so lassen sich daraus wertvolle Einsichten für das Rechtsinstitut der Beleihung gewinnen.

Die Anwendung hoheitlicher Rechtsformen durch Privatrechtssubjekte findet ihren Ausdruck in dessen einseitigen, obrigkeitlichen Rechtsmaßnahmen gegenüber Dritten[1]. Es bedient sich dabei derselben Rechtsformen wie die originären Hoheitssubjekte. So können Privatrechtssubjekte einseitige Anordnungen erlassen, Verfügungen treffen, hoheitliche Befehle aussprechen, staatliche Zwangsmittel anwenden[2]. Sie verfügen in dieser Hinsicht über dieselben rechtlichen Befugnisse wie die staatlichen Beamten, ohne jedoch deren Rechtsstellung zu erlangen. Auch ihnen ist, was ihre Funktion und Rechtsmacht anbetrifft, "ein öffentliches Amt" übertragen[3].

Aus diesem Grunde werden Beliehene als Subjekte oder Träger (abgeleiteter) hoheitlicher Gewalt

---

1) Vgl. oben S. 6 f z.B. polizeiliche Maßnahmen der Forst- und Feldhüter, Fleischbeschauer, Anordnungen der Bezirksschornsteinfeger, technischen Überwachungsvereine, (bahn-) polizeiliche Verfügungen der privaten Eisenbahnen, Straßenbahnen, Luftverkehrsunternehmen.
2) Vgl. OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 533, 539.
3) Vgl. MAYER, Verwaltungsrecht II S. 243.

angesehen[1].

Daß die Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Gewalt den Privaten nicht in bezug auf die Wahrnehmung eigener, privater Angelegenheiten eingeräumt wird, bedarf keiner ausführlichen Begründung[2]. Die hoheitliche Gewalt ist eine Macht zur allgemein-gültigen Regelung der g e m e i n s a m e n Angelegenheiten einer politischen Personenvielheit, betrifft demnach öffentliche, nicht aber private Angelegenheiten einzelner Rechtssubjekte[3].

Demgegenüber berechtigt aber auch nicht schlechthin jede Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten zur Anwendung hoheitlicher Gewalt. So ist - beispielsweise - ein Lebensmittelhändler trotz der mit seiner Berufsausübung verbundenen Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten[4] keineswegs befugt, in dieser Tätigkeit einseitig zu verbieten, gebieten, entscheiden, Zwang anzudrohen oder anzuwenden. Er bleibt für seine Rechtshand-

---

1) WOLFF , Verwaltungsrecht I § 4 III b, über die Stellung des Beliehenen als Subjekt hoheitlicher Gewalt; HATSCHEK, Lehrbuch S. 386; HERRNRITT, Grundlehren S. 242; v. KÖHLER, Grundlehren S. 144 ff.

2) Statt vieler vgl. NELSON, System S. 166, der darauf hinweist, daß es gerade das Charakteristikum der öffentlichen Gewalt ist, im Dienste öffentlicher, allgemeiner, nicht also privater Interessen zu stehen.

3) Das schließt nicht aus, daß dem einzelnen durch Anwendung von staatlichen Hoheitsmitteln zur Durchsetzung seiner Rechte verholfen wird.

4) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II c - diese Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten durch Private, insbesondere im Rahmen der Fürsorge für die Bedürfnisse von allgemeinem Interesse, spielt im Sozialleben der Öffentlichkeit eine große Rolle, ohne daß deswegen Privaten zu diesem Zweck besondere Befugnisse eingeräumt werden; vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 105.

lungen auf die privaten Rechtsformen beschränkt.

Die Berechtigung zur Ausübung hoheitlicher Gewalt steht allen jenen Subjekten zu, denen ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e Kompetenzen eigen sind oder denen die Zuständigkeit eingeräumt ist, öffentlich-rechtliche Kompetenzen wahrzunehmen[1)2)]. Diese Feststellung ist aufschlußreich für die Rechtsstellung des Beliehenen.

Die rechtlichen Beziehungen zwischen öffentlich-rechtlichen (Eigen-) zuständigkeiten und dem Recht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt lassen sich leicht aufzeigen. Dabei braucht man sich nur die Grundsätze der Rechtssatztheorie[3)] zu vergegenwärtigen. Eine Zuständigkeit gewinnt demnach den Sonderrechtscharakter, d.h. den öffentlich-rechtlichen Charakter, wenn der Zuständigkeitsträger ausschließlich und im besonderen Hinblick darauf notwendig ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist. Mit der Aussage, eine Kompetenz sei öffentlich-rechtlich, wird somit implizite zum Ausdruck gebracht, daß deren Subjekt ein Hoheitssubjekt (oder -träger)

---

1) Zuweilen wird weniger auf die Kompetenz als vielmehr auf die besondere Qualität der Funktion oder gar Arbeitstechnik abgestellt. Diese Formulierungen lassen es jedoch an möglicher Prägnanz fehlen. - Beispielhaft: KÖTTGEN, Erwerbswirtschaftl. Betätigung S. 18.

2) Hoheitssubjekte sind demgegenüber in der Wahrnehmung ihrer privatrechtlichen Kompetenzen auf private Rechtsformen beschränkt. - Statt vieler vgl. SALZWEDEL, Grenzen S. 88.

3) WOLFF, AöR Band 76 S. 208 ff.; derselbe, Verwaltungsrecht I § 22.

ist[1].

Das betrifft jedoch soweit lediglich die I n n e h a b u n g hoheitlicher Gewalt.

Aber auch die A u s ü b u n g s b e r e c h - t i g u n g steht mit der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit in unmittelbarem Zusammenhang. Beide Rechtserscheinungen befinden sich in einer Mittel-Zweck-Relation. Dem Subjekt hoheitlicher Gewalt steht die besondere Rechtsmacht zu, um die ihm obliegenden öffentlichen Angelegenheiten erledigen zu können[2]. Daraus erhellt, daß der Träger öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten zur Ausübung hoheitlicher Gewalt ermächtigt ist.

Da es sich bei den Trägern hoheitlicher Gewalt und öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten grundsätzlich um rechtlich organisierte Einheiten (Verbände oder Sachgesamtheiten) handelt, die mangels einer eigenen Handlungsfähigkeit weder das eine noch das andere ausüben können, ist für unsere Erörterung weitaus wichtiger, wie die Zuständigkeit zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompe-

---

1) Das kommt bei anderen Autoren, die nicht von der Rechtssatztheorie ausgehen, nicht so unmittelbar zum Ausdruck. Dennoch müssten auch Anhänger zum Beispiel der Subjektionstheorie zu diesem Ergebnis kommen. Wenn eine Kompetenz die öffentlich-rechtliche Qualität gewinnt durch die übergeordnete Stellung ihres Subjektes, so besteht auch nach dieser Auffassung eine unmittelbare Verbindung zwischen Kompetenz und Hoheitsgewalt. - Ähnliches lässt sich ebenfalls für die Interessen- und Zwecktheorie nachweisen. - Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 100.

2) Diese Zusammenhänge stellt G. JELLINEK, Staatslehre S. 427 f., in seiner Erörterung über die herrschende und nicht-herrschende Verbandsgewalt heraus.

tenzen und das Ausübungsrecht hinsichtlich hoheitlicher Gewalt miteinander in rechtlicher Verbindung stehen.

Die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen erfolgt unter Anwendung öffentlich-rechtlicher Maßnahmen[1], also jener Erscheinungsformen, in denen sich die Sonderstellung des Hoheitsträgers manifestiert. Diese besondere Rechtsmacht lässt der Hoheitsträger d u r c h seine Organe (letztlich durch die Organwalter) ausüben[2]. Das Organ ist also gleicherweise (transitives Zurechnungs-) Subjekt der Wahrnehmungszuständigkeit und der Berechtigung zur Ausübung der hoheitlichen Gewalt. Die Wahrnehmungszuständigkeit erfordert das Ausübungsrecht, wie umgekehrt das Ausübungsrecht nur mit der Wahrnehmungskompetenz eingeräumt wird.

Diese intensive Wechselbeziehung rechtfertigt die Feststellung, daß das hinsichtlich hoheitlicher Gewalt ausübungsberechtigte Rechtssubjekt zuständig sein muß zur Wahrnehmung öffentlich-recht-

---

1) Dem widerspricht nicht die Feststellung, daß "öffentliche Verwaltung" auch in privatrechtlichen Rechtsformen geführt werden kann. Hinsichtlich der Verwaltungsrechtskompetenzen vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 23 Ia und FORSTHOFF, Lehrbuch S. 51. - Das gilt insbesondere für die gerade von FORSTHOFF so sehr herausgestellte Leistungsverwaltung, die sich oft in Rechtsformen des Privatrechts abwickelt. Der Leistungsverwaltung liegen nicht in allen Fällen öffentlich-rechtliche Kompetenzen zugrunde. Vgl. auch KÖTTGEN, VVDStrL Heft 6 S. 127 und KAUFMANN, VVDStrL Heft 2 S. 115.

2) Das veranlaßt OTTO in ZBR 1956 S. 233 ff. zu der Feststellung, daß der Beamte Träger der Staatshoheit sei, wobei er allerdings den Trägerbegriff in einem anderen als dem hier vertretenen Sinn verwendet.

licher Kompetenzen[1)2)3)]. Dementsprechend ist die Anwendung hoheitlicher Mittel durch Privatrechtssubjekte immer ein Anzeichen dafür, daß sie öffentlich-rechtliche Eigenzuständigkeiten oder die Zuständigkeit zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen haben.

Die zweite der zuvor genannten Grundansichten innerhalb der Lehrmeinungen über das Beleihungsrecht stellt auf eine Besonderheit in der F u n k t i o n[4)] des Beliehenen ab. Diese Beson-

---

1) In diesem Sinne ist z.B. auch die Befugnis zur vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO zu beurteilen. Die Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer Festnahme (öffentlich-rechtliche Kompetenz) obliegt generell staatlichen Organen. Nur unter besonderen Voraussetzungen des § 127 StPO ist " jedermann" wahrnehmungskompetent und damit zur Anwendung hoheitlicher Mittel befugt.

2) Die irrige Ansicht von HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 67, der auch dem Konzessionär hoheitliche Befugnisse einräumt, beruht auf der unverständlichen Konstruktion des öffentlichen Unternehmens (vgl. S. 59 ff.). Bei dieser, dem französischen Verwaltungsrecht nachgebildeten Rechtsfigur, hat er - wie viele Vorgänger - den grundsätzlichen Gegensatz zwischen dem service public und der öffentlichen Gewalt verkannt. Es ist das Verdienst von KAUFMANN, WbStaVR Band III S. 710, auf dieses verhängnisvolle Übel aufmerksam gemacht zu haben. Bedauerlicherweise haben diese Erörterungen kaum Berücksichtigung gefunden.

3) Zu diesem Ergebnis - allerdings aus abweichenden Gründen - kommt auch KÖTTING, Diss. S. 51.

4) Funktion entstammt dem lateinischen Wort fungi (fungtio) in der Bedeutung: Dienstverrichtung, Amtsobliegenheit, Zwangsdienst, Zwangsberuf (siehe HEUMANN-SECKEL, Handlexikon S. 225. - KELSEN, Staatslehre S. 266, verwendet das Wort Funktion in der Bedeutung von "Akt". - TRIEPEL, Delegation S. 109, wendet sich gegen die verschiedentlich behauptete Gleichbedeutung von Funktion und Kompetenz. Eine Funktion habe ihre Rechtsgrundlage in einer Kompetenz.

derheit betrifft den Gehalt der Funktion und besteht darin, daß Privatrechtssubjekte zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen tätig werden[1].

Das geschieht - von denkbaren Ausnahmefällen abgesehen[2] - auf einer normativen Grundlage. Die folgende Untersuchung gilt der Frage, ob die spezifischen Funktionen des Beliehenen auf einer Übertragung von öffentlich-rechtlichen E i g e n - kompetenzen oder (lediglich) auf einer (öffentlich-rechtlichen) Kompetenz zur Wahrnehmung von (öffentlich-rechtlichen) S t a a t s kompetenzen beruhen.

Die erste Alternative dieser Fragestellung führt zu folgenden Überlegungen: Im Falle derartiger Übertragung verliert der bisherige Träger bestimmte, einzelne Aufgaben, indem er sie von sich auf einen neuen Träger delegiert. Dem Aufgabenverlust auf Seiten des bisherigen Aufgabenträgers entspricht eine Zuwendung auf Seiten des Privatrechtssubjektes. Durch diesen Vorgang würde das Privatrechtssubjekt zum Träger von Verwaltungsaufgaben, d.h. zum Träger - bisher - staatlicher Aufgaben.

Die Zulässigkeit der - oft Delegation genannten - Übertragung staatlicher Aufgaben auf andere Rechtssubjekte ist nicht generell zu verneinen. So bietet beispielsweise das Grundgesetz die Möglichkeit einer verfassungsmäßigen Veränderung der bestehen-

---

1) STERN spricht in AöR 84/156 von Funktionenverschiebung.
2) So z.B. die Fälle der Amtsanmaßung und unzuständigen Handelns.

den Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern[1]. Die eigenstaatlichen Bundesländer können die ihnen obliegenden Angelegenheiten auf nicht-staatliche Institutionen übertragen. Wegen der besonderen Bedeutung, die diesem Rechtsakt der Aufgaben-Übertragung zukommt, sind für ihre Rechtswirksamkeit erschwerte Bedingungen vorausgesetzt.

Die Frage der Zulässigkeit der Übertragung von öffentlich-rechtlichen Staatskompetenzen auf (ausschließliche) Subjekte des Privatrechts führt zu unterschiedlichem Ergebnis bei der natürlichen (Einzel-) Person einerseits und der Verbandsperson andererseits. Ausgangspunkt der Erörterung sind die "öffentlichen Angelegenheiten". Zufolge der Begriffsbestimmung von Hans J. WOLFF[2] handelt es sich dabei um "die Angelegenheiten der Gemeinwesen und die ihrer Mitglieder als solcher". Gemeinwesen sind Zweckgemeinschaften, nämlich "Menschengemeinschaften für Zwecke, die über die Zwecke von Einzelpersonen hinausgehen"[3]. Der mit der Bildung von Gemeinwesen verfolgte Zweck ist die Erledigung überindividueller, öffentlicher Angelegenheiten. Die Funktion von Gemeinwesen erschöpft sich i.d.R. jedoch nicht in der Erledigung e i g e n e r öffentlicher Angelegenheiten.

Hinsichtlich der Zugehörigkeit der wahrzunehmenden Aufgaben zu den Gemeinwesen lässt sich eine

---

1) Durch Grundgesetzänderung im Rahmen des Art. 79 BGG und Auslegung der bestehenden Zuständigkeitsregelung, was nicht eine Veränderung der Zuständigkeitsverteilung bedeuten muß.
2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II b 1.
3) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht I S. 15.

Unterscheidung treffen zwischen "e i g e n e n " und "f r e m d e n " Angelegenheiten[1)2)]. Diese Unterscheidung ist vornehmlich von Bedeutung für den Funktionsbereich der Verwaltung. Sie hat terminologisch dort ihren Niederschlag gefunden in den Begriffen der "Selbstverwaltungs-" und "Auftragsangelegenheiten"[3)]. Schon diese Bezeichnungen geben zu erkennen, daß es sich bei diesen um frem-

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 I b.
2) Das französische Gemeindegesetz vom 14.12.1789 war in der Zuerkennung der "fonctions propres" grundlegend. In der späteren deutschrechtlichen Literatur wurde auf deren naturrechtlichen Ursprung hingewiesen. Überblick über die Lehrmeinungen: BECKER, PETERS Handbuch I S. 118 insbesondere Anm. 5.
3) Man unterscheidet zwischen politischer und juristischer Selbstverwaltung. Im politischen Sinn bedeutet sie die Beteiligung von Laien bei den Staatsgeschäften. Diese alte Vorstellung ist heute völlig überholt, da mit der Einrichtung von Selbstverwaltung nicht mehr "Laien" in den öffentlichen Organismus, sondern Personen- und Sachverbände in die staatliche Organisation eingegliedert werden. So CANTNER, Diss. S. 27, unter Berufung auf GNEIST. GNEIST identifiziert weitgehend Selbst- und Kommunalverwaltung. - Es ist irreführend, bei der Einschaltung von Laien, Ehrenbeamten die Bezeichnung Selbstverwaltung zu verwenden. - Sofern hier von Selbstverwaltungsangelegenheiten die Rede ist, liegt dem Betriff ein juristischer Sinn zugrunde.

de, bei jenen um eigene Angelegenheiten handelt[1].

Mit der Einrichtung der Selbstverwaltungsangelegenheiten ist eine Grenze gezogen für die Zulässigkeit der Übertragung staatlicher Aufgaben. Diese Feststellung beruht auf folgender Erwägung: Nach unserem gegenwärtigen Verfassungssystem kann der Staat gewisse, aus der Realität eines körperschaftlichen oder anstaltlichen Verbandes entstandene Angelegenheiten, die zu dessen "Existenzgestaltung"[2] notwendig sind und ihrer Substanz nach aus dieser Verbindung resultieren, diesem als eigene Angelegenheiten zuordnen[3]. Sie stellen dann zwar öffentliche, nicht aber staatliche Angelegenheiten dar[4]. Selbstverwaltung ist somit die "eigenverantwortliche Erfüllung gemeinschaftlicher öffentlicher Angelegenheiten ... durch dem Staat eingegliederte, rechtsfähige, öffentliche körper-

---

1) Über die Selbstverwaltung als Wahrnehmung eigener Angelegenheiten: HUBER, Selbstverwaltung, S. 13; a.M. ist FORSTHOFF, Lehrbuch S. 419, der die Selbstverwaltung definiert als "die Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben durch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts."
2) BECKER, PETERS Handbuch I S. 119.
3) WEBER, Selbstverwaltung S. 34, bemerkt dazu, daß das Grundgesetz dem Gesetzgeber die Entscheidung überlassen habe, ob und inwieweit ausserhalb der durch Art. 28 BGG garantierten kommunalen Selbstverwaltung eine solche gewährt oder vorenthalten werde. - Das ist in dieser Formulierung leicht bedenklich. Art. 28 Abs. 1 S. 1 BGG gewährt eben nur das Recht kommunaler, nicht also jeder wirtschaftlichen oder sozialen Selbstverwaltung.
4) FLEINER, Institutionen S. 96 ff., betont im Zusammenhang mit den Selbstverwaltungsangelegenheiten den vom Staat verschiedenen Lebenszweck der Gemeinden. - KELSEN, Staatslehre S. 180 f. spricht von "Teilgemeinschaft".

schaftliche oder anstaltliche Verbände"[1)2)]. Mit der Schaffung der Selbstverwaltung kann der Staat einzelne, ihm obliegende Aufgaben zu seiner Entlastung verteilen, indem er Sachgebiete aus seiner Verantwortlichkeit ausklammert zu Gunsten anderer Aufgabenträger[3)]. Selbstverwaltungsangelegenheiten können aber - wie erwähnt - nur aus solchen Angelegenheiten gebildet werden, die gerade aus der tatsächlichen Existenz des Aufgabenträgers herrühren[4)]. Sie müssen (tatsächlichen) Verhältnissen entstammen, die auf der Existenz des unterstufigen,

---

1) BECKER, PETERS Handbuch I S. 121.
2) Der Selbstverwaltungsbegriff ist nicht auf körperschaftlich strukturierte Träger beschränkt. Das Gegenteil ist im Schrifttum zwar vertreten worden, nie jedoch einhellige Meinung gewesen. Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 419 mit Literaturübersicht.
3) Für die Übertragung eigener Angelegenheiten BECKER, PETERS Handbuch I S. 118 f.; PETERS, Grenzen S. 31 ff. - A.M. PREUSS, Gemeinde S. 206 und derselbe, Selbstverwaltung S. 222: Er entwickelt eine übereinstimmende Konstruktion von Staat und Selbstverwaltungsverbänden und negiert die Übertragung der Angelegenheiten.
4) WOLFF, Verwaltungsrecht II § (Gemeinderecht VII), erfasst z.B. dementsprechend die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als Gegenstand der kommunalen Selbstverwaltung. Diese erwachsen "aus dem Zusammenleben und Wirtschaften von Menschen innerhalb eines zusammenhängend (nachbarschaftlich) besiedelten Gebietes." Vgl. BVerfGE 8/122 ff. (134). - BÖHME, Staat S. 114, weist unter Bezugnahme auf RAABE darauf hin, daß um eine Einzelperson konzentrische Kreise der Sozialbildung wachsen: Familie, Korporation, Gemeinde, Land, Staat und überstaatlicher Verband. Jeder Kreis sei ein neues soziologisches Ganzes, das naturgegebene Sozialaufgaben hervorrufe. Daraus entstehe das Phänomen der Selbstverwaltung.

innerstaatlichen, eingegliederten Einheitswesens beruhen[1].

In dieser Sicht erscheint es ungenau, bei Selbstverwaltungsangelegenheiten grundsätzlich von der Übertragung öffentlicher, staatlicher Aufgaben zu reden. Bei sorgfältiger Bezeichnung wird man die Fälle der Übertragung[2] von denen der Überlassung[3] trennen müssen. Sofern der Staat bei der Verfassungsgebung den Sozialzellen die aus ihrem Wirkungskreis entstehenden öffentlichen Angelegenheiten[4] zuordnet, belässt er sie

---

1) Die notwendige Zugehörigkeit der Interessen und Zwecke zum Personenverband z.B. als dem Aufgabenträger verneinen: MEYER-ANSCHÜTZ S. 386; LABAND, Staatsrecht I S. 103. - Die hier vertretene Auffassung steht im Einklang mit G. JELLINEK, System S. 291 ff.;HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 110; KÖTTGEN, Verwaltungseinheit S. 71. - CANTNER, Diss. S. 28 verkennt insoweit die Rechtsansicht von G.JELLINEK. - SCHOEN, Dt. Verwaltungsrecht S. 202 spricht von Verbänden, die innerhalb ihres Gebietes berufen sind, alle zu diesem in besonderer Beziehung stehenden Verwaltungsaufgaben zu lösen.

2) Das Wort Übertragung wird im Schrifttum zuweilen verwendet, ohne daß seinem Wortsinn Rechnung getragen ist. Richtigerweise kann es nur bedeuten, daß ein Objekt unter Verlust des bisherigen Inhabers einem anderen Subjekt zugewiesen wird. Dieser Verlust ist wesentlich für den Vorgang der Übertragung. Das Wort entspricht insoweit der lateinischen "delegatio".

3) Die "Überlassung" ist im Schrifttum umstritten, vgl. Literaturhinweise Anm. 3 S. 73

4) Man spricht auch von "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" vgl. KÖTTGEN, PETERS Handbuch I S. 213. Was jedoch diese ausmache, lasse sich nur angesichts konkreter, räumlich-zeitlicher Bedingungen bestimmen, nicht also am Durchschnitt.

ihnen, zieht sie nicht erst an sich. Damit anerkennt der Staat, daß es sich insoweit für ihn um fremde Angelegenheiten handelt. So werden aus diesen gar nicht erst staatliche Aufgaben, sondern unmittelbar Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinwesen.

Neben diesem Vorgang des Überlassens eigener öffentlicher Angelegenheiten kann eine Aufgabenzuweisung im Wege der Übertragung[1] erfolgen. Da Zuständigkeiten zumeist auf originäre Verteilungen zurückgehen, kommt eine derartige Übertragung jedoch selten vor. Der Gesetzgeber verwandelt in diesen Fällen durch Zuständigkeitsveränderung Staatsangelegenheiten in Selbstverwaltungsangelegenheiten. Diese Umwandlung des Rechtscharakters ist Folge veränderter Zuordnung. Öffentliche Angelegenheiten werden fortan an Stelle des Staates einem innerstaatlichen Gemeinwesen zugeordnet.[2]

Die Überlassung oder Übertragung staatlicher Aufgaben auf Privatrechtssubjekte mit der Wirkung, daß sie dessen eigene Selbstverwaltungsangelegenheiten werden, ist nur möglich, wenn das Privatrechtssubjekt körperschaftlich oder anstaltlich strukturiert ist. Eine einzelne natürliche Person kann nicht zum Träger von Selbstverwaltungsangelegenheiten werden. Das ist nur begrifflich zu verstehen. Die Tatsache, daß eine Einzelperson ihre rechtlichen Angelegenheiten selbst verwaltet, macht sie nicht zum Selbstverwaltungsträger in

---

1) SCHOEN, Dt. Verwaltungsrecht S. 202, benennt es "Überweisung".
2) z.B. Ordnungsangelegenheiten im Lande Nordrhein-Westfalen im Regelfalle.

diesem hier gedachten, technischen Sinne. Nur solche Subjekte können Selbstverwaltungsträger sein, aus deren Dasein sich öffentliche Angelegenheiten ergeben. Das ist bei natürlichen Einzelpersonen grundsätzlich ausgeschlossen. Sie können zwar öffentliche Angelegenheiten z.B. von Berufs wegen besorgen, nicht aber haben sie als Zurechnungseinheit Angelegenheiten, die öffentlich sind. Erst dadurch, daß mehrere Personen gleiche Angelegenheiten "haben", werden diese überindividuell und damit idR öffentlich[1]. Das Wesensmerkmal des "öffentlichen" knüpft demnach an Verhältnisse einer Vielheit von Personen an. Schließen sich diese natürlichen Personen, denen gewisse Angelegenheiten gemein sind, zu einem Einheitswesen zusammen, so wird dieses - unter der Voraussetzung entsprechender Satzung - zum Subjekt der - aus den bisher individuellen Angelegenheiten - entstandenen überindividuellen, öffentlichen Angelegenheiten. Diese Subjektivität einer einzelnen oder mehrerer öffentlicher Angelegenheiten ist Qualitätserfordernis für einen Selbstverwaltungsträger. Die hier vertretene Auffassung folgt im Ergebnis der Theorie von PETERS[2] und SCHOEN[3]. Beide Autoren

---

1) Das Wort "öffentlich" in dem Begriff der öffentlichen Angelegenheiten ist als Gegensatz zu "privat" verstanden. In diesem Sinne bedeutet "öffentlich" nach GRIMMS Wörterbuch VII S. 1179 "nicht für den einzelnen, sondern für viele oder das ganze Publikum bestimmt, darauf bezüglich, von ihm ausgehend oder ihm eigen".

2) PETERS, Grenzen S. 20

3) SCHOEN, Dt.Verwaltungsrecht S. 203. Wenn er (S. 249) als Ausnahme rechtsgeschichtlich auf die Rechtsstellung des Gutsbesitzers in Preussen und im Königreich Sachsen verweist, wo dieser die Rechte und Pflichten einer Gemeinde zu erfüllen hatte, so verkennt er, daß es hier nicht um die Angelegenheiten des Gutsbesitzers, sondern um die des auf dem Gutshof lebenden Personenverbandes ging. PETERS, Grenzen S. 20, hat auch für den Gutsbesitzer die Möglichkeit der Einrichtung von Selbstverwaltungsangelegenheiten abgelehnt.

stellen fest, daß im deutschen Rechtsbereich das Prinzip der korporativen Selbstverwaltung herrscht. Dabei begreifen sie in diesem Zusammenhange auch die anstaltlichen Rechtssubjekte unter dem Begriff der Korporation.

Die Feststellung, daß eine natürliche Einzelperson nicht Selbstverwaltungsträger sein kann, weil sie nicht körperschaftlich oder anstaltlich strukturiert ist, ergibt in Umkehrung ihrer Aussage: Privatrechtssubjekte, die diese Merkmale aufweisen, können als Selbstverwaltungsträger fungieren. Das ist als negative Abgrenzung oben bereits zum Ausdruck gebracht. Dabei handelt es sich - wie aus der Formulierung hervorgeht - lediglich um eine Möglichkeit, nicht also um eine zwangsläufige Wirkung.

Demnach können außer den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Gebietskörperschaften, auch Privatrechtssubjekte Selbstverwaltungsträger sein[1].

Die zuvor gestellte Frage, ob die Verschiebung einer staatlichen Funktion auf ein Privatrechtssubjekt in ihrer normativen Grundlage auf einer Übertragung öffentlich-rechtlicher Staatskompetenzen beruhen kann, ist folglich mit einer

---

1) Als gesetzliches Beispiel ist die Einrichtung der Landesinnungsverbände gem. § 74 HandwO oder des Bundesinnungsverbandes gem. § 78 HandwO anzuführen. Diese haben als juristische Personen des Privatrechts Selbstverwaltungskompetenzen, die sich aus ihrer Existenz als Zusammenschluß selbständiger Handwerker ergeben.

Einschränkung zu bejahen: Nur körperschaftlichen oder anstaltlichen, also organisierten Privatrechtssubjekten können öffentlich-rechtliche Staatskompetenzen übertragen werden.

Die zweite Alternative der Frage nach der normativen Grundlage der Funktionsverschiebung richtete sich auf die Zuständigkeit von Privatrechtssubjekten zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen des Staates. In diesem Sinne wird im Schrifttum vertreten, daß Privatrechtssubjekte Zuständigkeiten erhalten können, wie sie unmittelbaren oder mittelbaren Staatsorganen eigen sind.[1)]

Was ist damit ausgesagt? Das Organ ist nicht Subjekt der Eigenzuständigkeiten, die es wahrnimmt, sondern (nur) Subjekt der Wahrnehmungszuständigkeiten[2)]. So ist beispielsweise das Staatsorgan nicht Subjekt der staatlichen Kompetenzen. Wenn die Beleihung als Einräumung der Zuständigkeit eines unmittelbaren oder mittelbaren Staatsorgans charakterisiert wird, so kann damit inhaltlich nur eine Wahrnehmungszuständigkeit gemeint sein[3)]. Das ist für die Zuständigkeit u n mittelbarer Staatsorgane[4)] leicht einzusehen. Schwieriger ist es dem-

---

1) WOLFF, AöR Band 76 S. 209; MENGER in AöR Band 78 S. 160; BRAND, Diss. S. 52.
2) Vgl. oben S. 3 .
3) Der Grundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann als er selber hat, gilt auch hier.
4) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 75 I b 1, begreift darunter "diejenigen Organe, deren Wille und Handeln ohne Vermittlung einer anderen juristischen Person der juristisch personifizierten Organisation (z.B. dem Staat) zugerechnet werden, als dessen Organe sie wollen und handeln". In dieser Bedeutung ist der Begriff auch hier verwendet. - Von einer abweichenden Begriffsbildung gehen aus: GIERKE, Schmollers Jahrbuch Band 7 S. 1142; G.JELLINEK, Staatslehre S. 544.

gegenüber bei den mittelbaren Organen, obwohl dort die Dinge sehr ähnlich liegen. Unter den "mittelbaren" sind diejenigen Organe zu verstehen, die als Organe von juristischen Personen die diesen eingeräumten gliedschaftlichen (Wahrnehmungs-) Zuständigkeiten wahrzunehmen berechtigt und (oder) verpflichtet sind[1]. Demnach sind sie Organe von Gliedern[2].

Analysiert man den Inhalt ihrer Zuständigkeit, so wird offenbar, daß sie nicht kompetent sind zur Wahrnehmung der Kompetenzen der juristischen Person, deren "mittelbares Organ" sie sind. Vielmehr betrifft ihre Wahrnehmungskompetenz die (gliedschaftliche) Kompetenz der juristischen Person, deren Organ sie primär[3] sind.

---

1) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 75 I b 2, definiert die mittelbaren Organe als "Organe einer juristischen Person, insoweit sie Eigenzuständigkeiten einer anderen, übergeordneten juristischen Person wahrnehmen." - G. JELLINEK, Staatslehre S. 557 geht in der Charakterisierung des mittelbaren Staatsorgans von der Rechtsform aus, in der die Organzuständigkeit begründet wurde. Mit einem mittelbaren Organ habe man es immer dann zu tun, wenn die Organstellung auf einem individuell ausgerichteten Auftrag beruhe. - Die Begriffe weichen demnach völlig voneinander ab. - Im Sinne von JELLINEK auch TRIEPEL, Delegation S. 108 und S. 111. -

2) Diese Formulierung mag zunächst mißverständlich sein. Es könnte heißen: Die mittelbaren Organe sind Organe von juristischen Personen, die selbst Organqualität haben. Trotzdem ist jene Formulierung gewählt, weil sie die verschiedenen Verschachtelungen der ineinander übergreifenden Organisationen besser zu erkennen gibt.

3) WOLFF, Verwaltungsrecht II § 75 I b 2, spricht von der "primären" Organschaft der Organe im Verhältnis zu ihrem Träger.

So sind beispielsweise die Organe einer Gemeinde - sofern nicht der Fall der Institutions- oder Organleihe vorliegt[1] - nicht zuständig zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen. Ihre (organschaftlichen) Kompetenzen beinhalten lediglich die Berechtigung und (oder) Verpflichtung zur Wahrnehmung der Kompetenzen der Gemeinde, unabhängig davon, ob es sich dabei handelt um Eigenkompetenzen oder Wahrnehmungskompetenzen der Gemeinde.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es bedenklich, die Gemeindeorgane als - wenn auch nur "mittelbare" - S t a a t s organe zu bezeichnen. Von dem bisher hier zugrunde gelegten Organbegriff[2] weichen sie insofern ab, als sie zwar organschaftliche Kompetenzen innehaben, nicht jedoch in bezug auf die (Eigen-) Kompetenzen des Staates, sondern hinsichtlich der den Gemeinden als Subjekten zugewiesenen Staatskompetenzen. Der auf diese Weise terminologisch ausgedehnte Organbegriff bezeichnet in dieser Bedeutung lediglich eine Ver-

---

1) Von Institutions- oder Organleihe ist die Rede, sofern Institutionen (Organe) einer rechtlich organisierten Einheit durch organisatorischen Rechtssatz die Zuständigkeit eingeräumt worden ist, die Eigenzuständigkeiten einer anderen Organisation wahrzunehmen. Die Institutionen werden damit zu unmittelbaren Organen derjenigen Organisation, deren Kompetenzen sie (unmittelbar) wahrnehmen. Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 I b und Verwaltungsrecht II § 75 I b. Zur Organleihe vgl. auch GÖRG, Hubert, in PETERS Handbuch II S. 53 f.

2) vgl. oben S. 3 .

tretungsform im weitesten Sinne[1]. Er hat eigentlich nur noch funktionale Bedeutung. Um der begrifflichen Klarheit und Systemtreue willen sollte man diesen Begriff aufgeben und nicht mehr von "mittelbaren Staatsorganen" sprechen[2].

Mit dieser Absage an das Institut der mittelbaren Staatsorgane hat sich die Frage nach der Übertragung deren Kompetenzen auf Privatrechtssubjekte jedoch nicht erledigt[3]. Die Erörterung hat uns in der Beantwortung aber weitergebracht, da festgestellt worden ist, über welche Kompetenzen das Glied-Organ verfügt. Als Organ einer juristischen Person, die selbst wiederum die Stellung eines Gliedes in einer übergeordneten Organisation einnimmt, hat es eine organschaftliche Kompetenz zur Wahrnehmung einer gliedschaftlichen Kompetenz.

---

1) Insbesondere fehlt es an der für die Organschaft charakteristischen Z u r e c h n u n g s-Vertretung, sofern man von Organschaft für den Staat ausgeht. Die Gemeindeorgane sind in diesen Fällen eben "Zurechnungsvertreter" der Gemeinden, nicht aber des Staates.
2) Will man dieses "mittelbare Rechtsverhältnis" zwischen Staat und Gemeindeorganen dennoch irgendwie unter dem Gesichtspunkt der Funktion und Vertretung (im weitesten Sinne) erfassen, so ist die Bezeichnung "Organ eines Gliedes der Staatsverwaltung" angebracht.
3) Kritik und Absage betreffen keineswegs den Begriff der "mittelbaren Staatsverwaltung", betrifft diese doch nicht unmittelbar staatsfremde Organe, sondern generell die Einschaltung rechtsfähiger Verwaltungseinheiten. Die Begriffe haben Berührungspunkte, sind jedoch nicht identisch.

Sofern also im Rahmen der Beleihungstheorie von der Einräumung besonderer Zuständigkeiten mittelbarer Staatsorgane die Rede ist, kann damit nur eine (zweitstufige) Organkompetenz gemeint sein.

Abschliessend ist demnach festzustellen, daß es sich bei der "Einräumung besonderer Zuständigkeiten unmittelbarer oder mittelbarer Staatsorgane auf Privatrechtssubjekte" nur um Wahrnehmungszuständigkeiten handeln kann.

Will man nunmehr das Rechtsinstitut der Beleihung definieren, so muß unter Berücksichtigung der voraufgegangenen theoretischen Überlegungen diese Begriffsbestimmung folgende Elemente enthalten:

1. Adressat der Beleihung ist ein (ausschließliches) Privatrechtssubjekt[1].
2. Die Beleihung beinhaltet die Einräumung von öffentlich-rechtlichen Kompetenzen. Diese können sein:

---

1) A.M. ist MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht Band 2 S. 16 und ihm folgend KORMANN, Einführung S. 258 Anm. 1 und NEBINGER, Verwaltungsrecht S. 15. Nach ihrer Ansicht kann der "Beliehene auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein, eine Gemeinde oder Provinz, zu deren Angelegenheiten ein derartiges Unternehmen nicht von selbst gehört." - Die hier geäußerte Ansicht vertreten: WOLFF in AöR Bd 76 S. 209; FLEINER, Institutionen S. 346, MENGER in AöR Bd 78 S. 160; OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 533,539; BRUNE, Diss. S. 110; BRAND, Diss. S. 53; RICHTER in VVDStL Heft 6 S. 89.

a) Selbstverwaltungskompetenzen unter der Voraussetzung, daß ein organisiertes Privatrechtssubjekt beliehen wird und daß dieser Kompetenzbildung öffentliche Angelegenheiten gerade dieses Subjektes zugrundeliegen.

b) Kompetenzen zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Staatskompetenzen.

3. Das Privatrechtssubjekt erlangt mit der öffentlich-rechtlichen Kompetenz das Recht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt. Es wird Hoheitssubjekt, jedoch nicht notwendig auch Obrigkeitssubjekt.
4. Das Privatrechtssubjekt handelt als Beliehener im eigenen Namen.

Das ergibt in Zusammenfassung folgende Definition: Mit der Beleihung erlangt ein Privatrechtssubjekt die Zuständigkeit, eine öffentlich-rechtliche Kompetenz im eigenen Namen wahrzunehmen und das Recht zur Anwendung hoheitlicher Gewalt. Die wahrgenommene Kompetenz ist idR staatlich, kann aber, sofern körperschaftliche oder anstaltliche Privatrechtssubjekte beliehen werden, auch (eigene) Selbstverwaltungskompetenz sein.

§ 10: Der Beliehene als Glied der Staatsorganisation.

Privatrechtssubjekte werden mit der Einräumung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen sowohl berech-

tigt wie auch verpflichtet[1]. Der Verpflichtung[2] kommt dabei besondere Bedeutung zu. Auf diese Weise trägt der Staat Sorge dafür, daß die ihm obliegenden Pflichten erfüllt werden.

Als Subjekt von Selbstverwaltungskompetenzen und auch als Subjekt von Kompetenzen zur Wahrnehmung staatlicher Kompetenzen steht der Beliehene in funktionaler Verbindung zum Staat. Je nachdem, ob er Staatskompetenzen wahrzunehmen oder Selbstverwaltung zu betreiben hat, ist seine funktionale Bedeutung für den Staat unterschiedlich, geht es doch für diesen um die Rechtsausübung entweder eigener oder fremder Kompetenzen. Dieser Umstand läßt vermuten, daß bei der Beleihung in der Frage der Zuordnung der durch die Rechtshandlungen ausgelösten Rechtsfolgen entsprechend der inhaltlichen Differenz der Kompetenzen zu unterscheiden ist, so daß etwa die Rechtswirkung der Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz dem Staat zugeordnet wird,

---

1) Dafür werden gelegentlich die Bezeichnungen "Betriebsrecht" und "Betriebspflicht" gebraucht. Vgl. BRAND, Diss. S. 67,76. Das ist insofern bedenklich, als diese Bezeichnungen ihrem Sinngehalt nach einen stark wirtschaftlichen-unternehmerischen Akzent haben und deswegen besser für die öffentlichen Wirtschaftseinheiten in privater Hand passen.

2) In diesem Zusammenhang ist auf einen Terminus zu verweisen, den IPSEN verwendet. Er spricht von "Inpflichtnahme" oder "Indienstnahme" in: Indienstnahme S. 141 ff. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 164 f, hat sich dem angeschlossen. Diese Begriffe werden hier absichtlich vermieden, weil sie nicht die hier gemeinte Rechtserscheinung betreffen. Ein gesetzlich in Pflicht genommenes Privatrechtssubjekt nimmt nicht notwendig öffentlich-rechtliche Kompetenzen wahr.

während demgegenüber der Beliehene als Selbstverwaltungsträger selbst Subjekt der von ihm hervorgerufenen Rechtsfolgen ist. Dieser Eindruck ist jedoch insoweit unrichtig, als es für die Zuordnung der Rechtswirkungen keinen Unterschied macht, ob der Beliehene als Selbstverwaltungsträger oder als wahrnehmungskompetentes Subjekt fungiert. In beiden Fällen treffen die Rechtsfolgen nur den Beliehenen. Die r e c h t l i c h e Zuordnung endet bei ihm[1]. Vor einer Erörterung der dafür maßgeblichen Gründe sei eine Auffassung dargelegt, die dem Beliehenen eine andere Vertretungsmodalität, nämlich die Stellung eines Organs zuspricht[2]. Zur Begründung verweist man - mehr oder weniger übereinstimmend - auf die Einschaltung des Beliehenen zur Wahrnehmung von Kompetenzen eines Hoheitsträgers. Damit gewinne die Rechtsstellung des Beliehenen das Wesen der Organschaft. Das Privatrechtssubjekt erlange mit der Beleihung Organqualität.

Die Einordnung des Beliehenen als Organ ist nun auch für diese Autoren keineswegs nur ein terminologisches Ansinnen. Vergegenwärtigt man sich aber die rechtlichen Besonderheiten der organ-

---

1) Die Rechtshandlungen des Beliehenen werden dem Staat allenfalls auf einer anderen rechtlichen Ebene (z.B. Völkerrecht) oder gar nur politisch zugeordnet. Es würde hier zu weit führen, die Möglichkeit der rechtlichen Zuordnung auf verschiedenen Rechtsebenen oder der politischen Zuordnung zu erörtern. Sie sind für den innerstaatlichen Rechtsverkehr und insbesondere für das Verhältnis zwischen Beliehenem und Dritten unerheblich.

2) OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61, qualifiziert den Beliehenen sogar als öffentlich-rechtliches Organ; vgl. KÖTTING, Diss. S. 37 Anm. 3; KAHLER, Diss. S. 5; SPRENGEL in JZ 1952 S. 138 mit Entscheidungsnachweisen.

schaftlichen Vertretung, so erkennt man die bedeutsamen Konsequenzen, die sich aus dieser Qualifizierung des Beliehenen ergeben.

Wir hatten zuvor das Organ charakterisiert als das durch organisatorischen Rechtssstz geschaffene (rechtstechnische Zuordnungs-) Subjekt der Zuständigkeit zur Wahrnehmung von Kompetenzen eines Verbandes oder einer Sachgesamtheit. Rechtshandlungen des Organs (elementar der Organwalter) werden dem Organträger zugerechnet, so daß er als s e l b s t-handelnd gilt. Einem "künstlichen" Subjekt werden die gesetzten rechtsfolgebedingenden Tatbestände (nicht also lediglich die Rechtsfolgen) zugerechnet[1]. Obwohl also faktisch das Organ - vermittels seiner Organwalter - handelt, gilt nicht es, sondern der Organträger als handelndes Subjekt[2]. Alle aus und mit der Rechtshandlung hervorgerufenen Rechtswirkungen treffen somit den Organträger.

Wäre der Beliehene Organ in diesem Sinne, so würden seine Rechtshandlungen dem Staat zugerechnet. Der Beliehene ist jedoch kein Staats o r g a n. Er weist Eigenschaften auf, die sich mit den Wesensmerkmalen des Organs nicht in Einklang bringen

---

1) vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 32 II b.
2) Unter diesem Gesichtspunkt verliert § 31 BGB jeden Charakter einer reinen Billigkeitshaftung. Es haftet die Körperschaft bzw. generell jede Organisation für einen Tatbestand, den sie selbst gesetzt hat. - Fragwürdig wird damit die Haftungsregelung in § 839 BGB, Art. 34 BGG. Geht man aus von der Organwaltung des Beamten, so ist der haftungsbegründende Tatbestand nicht mehr seine, sondern vielmehr eine Handlung des Staates. Eine Verschiebung der Passivlegitimation ist dann jedenfalls widersinnig. § 839 BGB bleibt im Rahmen der Organschaft ein Systembruch.

lassen.

Im Gegensatz zum Organ wird der Beliehene als Subjekt einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz nicht erst durch den zuordnenden Rechtssatz geschaffen, sondern existiert bereits als Privatrechtssubjekt.

Außerdem unterscheiden sich das Organ und der Beliehene darin, daß der Letztere gegenüber der Organisation die Selbständigkeit behält, die grundsätzlich jede rechtsfähige Einheit[1] von einer anderen trennt. Das Rechtsverhältnis zwischen Beliehenem und Organisation bewirkt eine Beziehung zwischen beiden Subjekten, also nicht eine Eingliederung des ersten in das zweite. Die Beleihung führt als organisatorischer Rechtsvorgang lediglich zu einer A n g l i e d e r u n g eines Privatrechtssubjektes an die staatliche Organisation. Als Subjekt mit eigenständiger Rechtsposition kann der Beliehene nicht voll und ganz in der Organisation des Staates aufgehen[2].

Es wäre nun unrichtig, generell jede Eingliederung rechtsfähiger Subjekte in eine Organisation zu verneinen. Würde man die Eingliederung eines Subjektes in eine Organisation nach dem Merkmal

---

1) Ausnahmen bezüglich der Rechtsfähigkeit sind denkbar für die systematisch zulässige Beleihung von nichtrechtsfähigen Vereinigungen, z.B. BGB-Gesellschaften, OHG, KG, nicht-rechtsfähiger Verein.

2) Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die beispielsweise im Anstaltsrecht zuweilen hervorgehobene rechtliche, wirtschaftliche und technische Selbständigkeit. Vgl. HETTLAGE in Staatslexikon Band I Art. Anstalten S. 351.

der Rechtsfähigkeit systematisieren, so bieten sich Schwierigkeiten bei der Rechtsfigur des Organwalters. Als natürliche Person ist der Organwalter rechtsfähig. Würde die Eingliederung eines Subjektes in eine Organisation an dessen Rechtsfähigkeit scheitern, so könnte auch der Organwalter nicht als eingegliedert angesehen werden. Dieses Ergebnis wirkt umso unhaltbarer, je mehr man sich vergegenwärtigt, daß es gerade die Organwalter sind, die die Organisation äußerlich darstellen, repräsentieren. In ihrer Existenz findet die Organisation ihre sichtbare Einrichtung. Es wäre immerhin ein groteskes Wortspiel, wollte man die Organwalter als nicht eingliederungsfähig behandeln.

Die Einordnung eines Subjektes ist also nicht so sehr deswegen unmöglich, weil es rechtsfähig ist, als vielmehr auf Grund einer - nur rechtsfähigen Subjekten möglicherweise eigenen - S e l b s t ä n d i g k e i t bei ihrer funktionalen Tätigkeit für die Organisation in ihrem Verhältnis zu dieser. Solange das Subjekt in der (Fremd-) Funktion der Organisation gegenüber selbständig bleibt, ist es dieser nicht eingegliedert. Welche Kriterien unter diesem Gesichtspunkt für die Selbständigkeit vorausgesetzt sind, braucht hier nicht im einzelnen geprüft werden. Jedenfalls bleibt eine Selbständigkeit dann gewahrt, wenn das funktional eingeschaltete Subjekt die (Fremd-)Funktionen

im e i g e n e n Namen versieht[1)2)]. Da aber die Rechtshandlungen des Beliehenen in dieser Form abgewickelt werden, bleibt er im Hinblick auf seine spezielle Funktion ein gegenüber dem Staat eigenständiges Rechtssubjekt. Darin unterscheidet er sich - wie zuvor angedeutet - von einem Staatsorgan. Dieses hat vergleichsweise nur eine r e l a t i v e Selbständigkeit, indem es zwar im Verhältnis zu anderen Organen eigenständiges Berechtigungs- und Verpflichtungssubjekt ist, jedoch im Verhältnis zur es umfassenden Organisation unselbständig bleibt.

Sieht man die Zurechnungsvertretung als Wesensmerkmal der Organschaft an, so schließt man damit aus, daß rechtsfähige Subjekte, die im eigenen Namen Zuständigkeiten einer Organisation wahrnehmen dürfen, deren Organe werden. Diese Ausklammerung ist nicht wegen der Qualität der organschaftlichen Zuständigkeit geboten. Die Organzuständigkeit könnte auch einem rechtsfähigen Subjekt zugewiesen wer-

---

1) Bedeutsam sind im Hinblick auf die Selbständigkeit auch der Grad der Eigenverantwortlichkeit oder Weisungsgebundenheit und auch die Aufsichtsunterworfenheit. Es liegt aber auf der Hand, daß derartige Quantitätsmaßstäbe die Entscheidung im Einzelfall nicht leicht machen.

2) Die Ein- oder Angliederung bzw. Selbständigkeit zweier Rechtssubjekte in ihrem Verhältnis zueinander ist gelegentlich auch am äußeren Erscheinungsbild zu erkennen. Die eigens für die Organisation geschaffenen Organe werden im Regelfall in einem personell und sachlich an einem Ort zusammengefaßten Behördenapparat eingerichtet, so daß sie schon deswegen den Eindruck einer Einordnung erwecken. Demgegenüber erscheinen die rechtsfähigen Funktionseinheiten einer Organisation im Hinblick auf ihre faktischen Verhältnisse häufig als selbständig und losgelöst von dem Organisationssystem. Wenn dieser tatsächliche Eindruck nicht immer den rechtlichen Gegebenheiten entspricht, so beruht das darauf, daß die technische Organisation der Hoheitsträger mit der Ausweitung ihrer Geschäfte nicht Schritt gehalten hat.

den. Es würde unter diesen Umständen nicht erst mit der Zuordnung der Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen ein Subjekt neu geschaffen, sondern einem bereits bestehenden Rechtssubjekt zusätzlich der bisherigen Zuordnung einzelner Rechtssätze die Organzuständigkeit zuteil. Für das Rechtssubjekt würde demnach das Quantum der Rechtssubjektivität erweitert[1]. Bezüglich einer Zuordnung der Organzuständigkeit bestehen gegen das "rechtsfähige Organ" keine Bedenken, eben weil es sich vom nur rechtssubjektiven Organ lediglich im Grad der Rechtssubjektivität unterscheidet[2]. Die

---

1) Das ist die von KORMANN, System S. 257 f, sogenannte "Erweiterung der Rechtsstellung".

2) Entgegen einer herrschend vertretenen Lehrmeinung haben die Begriffe "Rechtsfähigkeit" und "Rechtssubjektivität" nicht dieselbe Sinnbedeutung. Vgl. z.B. LEHMANN, Allgem.Teil S. 70: "Rechtssubjekt, Person im Rechtssinne, ist also, wer Rechte und Pflichten haben kann, wer rechtsfähig ist." Vgl. MAYER, Dt. Verwaltungsrecht Bd 2 S. 322; NAWIASKY, Allgem. Rechtslehre S.172; ENNECCERUS-NIPPERDEY I S. 313; FORSTHOFF, Lehrbuch S. 424; G.JELLINEK, System S.28: "Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Träger von Rechten sein zu können." Entsprechend der Terminologie von WOLFF ist unter Rechtsfähigkeit die Fähigkeit zu verstehen, g e n e r e l l Verpflichtungs- und Berechtigungssubjekt zu sein, während die Rechtssubjektivität die Fähigkeit bedeutet, Zuordnungssubjekt lediglich - aber auch mindestens - eines Rechtssatzes zu sein, WOLFF, Verwaltungsrecht I § 32 III. Er unterscheidet demnach zwischen einem rechtstechnischen und einem rechtstheoretischen Begriff der Rechtsfähigkeit. Für die rechtstheoretische Rechtsfähigkeit verwendet er die Bezeichnung Rechtssubjektivität. Vgl. die Darstellung von BACHOF in AöR 83 Bd. S. 259. Im Vergleich zur Rechtsfähigkeit (mit ihrer generellen Subjektivität) genügt demnach für die Rechtssubjektivität eine Zuordnungssubjektivität in beschränktem Umfang. Vgl. G.JELLINEK, Staatslehre S. 170, der zwar nicht ausdrücklich diese Ansicht vertritt, sich damit jedoch in Einklang bringen läßt. Damit würde er allerdings der von ihm (System S. 28) geäußerten Auffassung widersprechen.

Organkompetenz erfordert nicht ein Subjekt, das außer dieser keine weiteren Kompetenzen hat.

Wenn auch der Grad der Rechtssubjektivität für die Möglichkeit einer organschaftlichen Stellung nicht allein ausschlaggebend ist, so kommt ihm in dieser Hinsicht doch weitgehende Bedeutung zu. Rechtsfähige Subjekte können - wie bereits erwähnt- als Funktionseinheiten innerhalb einer Organisation ihre Selbständigkeit behalten[1]. Bleibt das (wahrnehmungskompetente) Rechtssubjekt aber selbständig, so ist es unmöglich, seine Rechtshandlungen der Organisation zuzurechnen. Seine rechtliche Selbständigkeit gegenüber der Organisation läßt nicht zu, daß es als transitorische Zurechnungseinheit fungiert[2]. Transitorische Zurechnung kann nur von einer - zumindest relativ - unselbständigen Einheit ausgehen. Aus diesem Grunde kann der Beliehene nicht zum Staatsorgan werden.

Die zuvor zitierten Autoren, die die Beleihung als Organschaft ansehen, vertreten im Hinblick auf das Rechtsverhältnis zwischen Beliehenem und Staat keine andere Auffassung. Bei sorgfältiger Überprüfung stellt sich heraus, daß mit ihrer Charakterisierung der Beleihung als Organschaft auf die f u n k t i o n a l e Bedeutung abgestellt ist, während hier das Rechtsinstitut vom n o r m a t i -

---

1) vgl. oben S. 88
2) Die Rechtsfähigkeit eines Subjektes allein führt nicht zu dessen Selbständigkeit in diesem Sinne. Die Handlung eines Boten, der als natürliche Person rechtsfähig ist, wird dem Botenbesteller zugerechnet, weil der Bote in seiner eigentlichen Funktion als unselbständig gegenüber dem Botenbesteller angesehen wird. Man spricht von Werkzeug.

v e n Gesichtspunkt gekennzeichnet wird. Man beschäftigt sich innerhalb der sog. Organstellung des Beliehenen hauptsächlich mit der funktionalen Verwendung von Privatrechtssubjekten, nicht aber mit der Frage, ob diese trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit als Subjekt von Wahrnehmungszuständigkeiten normativ in die Staatsorganisation eingegliedert und ihre Tatbestandshandlungen dem Staat zugerechnet werden können. Es wäre demnach unrichtig, diese Ansicht von der Organstellung des Beliehenen als echte Gegenmeinung zu der hier vertretenen Auffassung zu werten. Zwar besteht eine Differenz. Diese betrifft jedoch nicht die Vertretungsmodalität des Beliehenen, sondern die Wesensmerkmale der Organschaft. Ohne diesen Widerstreit weiter auszutragen, wird im Ergebnis daran festgehalten, daß die Zurechnung ein essentielles Kennzeichen der Organschaft darstellt und daß sie beim Beliehenen fehlt.

Ebensowenig wie der Beliehene Zurechnungsvertreter ist, kann er als Zuordnungsvertreter angesehen werden. Er ist nicht Stellvertreter der Organisation, obwohl er rechtssystematisch mit dieser Rechtsfigur mehr Ähnlichkeit aufweist als mit einem Organ[1]. Es ist jedoch nur Ähnlichkeit,

---

1) Abgesehen von der Frage der Zurechnung oder Zuordnung liegt das hauptsächlich daran, daß sowohl Beleihung wie auch Bevollmächtigung in der Regel ein Rechtsverhältnis zwischen zwei P e r s o n e n schaffen, während es bei dem Organschaftsverhältnis an der Existenz zweier - einander selbständig gegenüberstehender - Personen fehlt. Diese wichtige Voraussetzung der Organschaft haben einige Autoren verneint, z.B. SCHLOSSMANN, JheringsJ Bd 44 S. 315 ff. Er behandelt die organschaftliche Vertretung und die Stellvertretung einheitlich i.S. der Stellvertretung, weil auch die Organe für die Interessen der Organisation handeln und in einem entsprechenden Rechtsverhältnis stehen. Der Gleichbehandlung ist entgegen zu halten, daß einem Organ die Personqualität fehlt.

keineswegs Identität. Ein Unterschied zwischen einem Stellvertreter und einem Beliehenen besteht in der Form, in der beide im Rechtsverkehr in Erscheinung treten. Der Stellvertreter handelt im fremden Namen[1], der Beliehene tritt im eigenen Namen auf[2]. Da es sich aber bei dieser äußeren Form der rechtsgeschäflichen Handlung um ein wesensnotwendiges Merkmal der Stellvertretung handelt, kann der Rechtshandlung des Beliehenen die Wirkung einer Zuordnungsvertretung nach Maßgabe der Stellvertretung nicht zukommen[3].

Es wäre nun unrichtig, die Fremdzuordnung für die Beleihung allein schon deshalb zu verneinen, weil die Tätigkeit des Beliehenen nicht die Merkmale der offenen Stellvertretung aufweist. Für die unmittelbare Vertretungswirkung kommt es nicht schlechthin entscheidend darauf an, ab der Vertreter in eigenem oder fremdem Namen aufgetreten ist, findet sie doch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung auch statt bei bestimmten Tatbeständen der äußerlich verdeckten Vertretung. Es handelt sich dabei um die Fälle der dringlichen Surroga-

---

1) Nach § 164 BGB genügt es, daß sich die Vertretungsabsicht aus den gesamten äußeren Umständen ergibt. - Die Einrichtung des "Geschäftes wen es angeht" ist keine Ausnahme. Es setzt voraus, daß der Handelnde es offen läßt, ob er im eigenen oder fremden Namen abschließt und daß dem Geschäftsgegner dies gleichgültig ist. Der Geschäftsführer darf demnach nicht im eigenen Namen handeln. Vgl. statt vieler BÖHLE-STAMMSCHRÄDER in ERMAN, Handkommentar § 164 Anm. 13.

2) Entgegen der Ansicht von WINGBERMÜHLE, Diss. S. 9, kann mit einer Vertretungszuschiebung nicht die für den Beliehenen typische öffentlichrechtliche Kompetenz (im eigenen Namen) eingerichtet werden.

3) Dabei ist hier noch ganz davon abgesehen, ob im Bereich der Organisation der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen eine Stellvertretung nach zivilrechtlicher Art überhaupt zulässig ist.

tion[1] und der sogenannten "Rechtsverwaltung"[2]. Sei es, daß das Gesetz die Fremdzuordnung an die Zugehörigkeit der mit der Geschäftsführung verwendeten Vermögensmittel[3] oder ausnahmsweise an die Willensrichtung des Geschäftsführers[4] knüpft, sie geschieht, obwohl nicht im Namen derjenigen Person gehandelt wird, der die Rechtswirkungen der Geschäftsführung unmittelbar zukommen.[5][6]

---

1) z.B. BGB: §§ 1646; 2019; 2111; 966 II,3; 979 II; 1219 II; 1247; 1133; 1003; 1075; 1287; 1370; 1381 alt; 1382 alt; 1525 alt; 1550 alt; HGB: § 392; ZVG: §§ 52, 92; Baulandbeschaffungsgesetz v. 3.8.1953 - BGBl I/720 - § 13; ErbbaurechtsVO v. 15.1.1919 - RGBl S. 72 - § 29; Flurbereinigungsgesetz v. 14.7.1953 - BGBl I/591 - § 68.

2) Die Bezeichnung stammt von WOLFF, Vetretung S. 206, und erfaßt z.B. die Fälle der Konkursverwaltung, Nachlaßverwaltung, Zwangsverwaltung, Testamentsvollstreckung.

3) Es finden sich im Gesetz zwei verschiedene Formulierungen. Einmal wird ausschließlich auf die Mittel eines bestimmten Vermögens abgestellt - z.B. § 2019 BGB - während in anderen Fällen das Geschäft zu der Vermögensmasse in Beziehung stehen muß - z.B. § 2041 BGB. Hinsichtlich dieser "Beziehung" werden objektive Merkmale verlangt. Es wird als ausreichend angesehen, daß das Rechtsgeschäft mit Mitteln der Vermögensmasse ausgeführt wird. So OLG München, Urteil vom 7.12.1955 =NJW 56/1880 mit ausführlichem Literaturhinweis. Damit erweist sich die Unterschiedlichkeit der gesetzlichen Formulierung im Ergebnis als bedeutungslos.

4) z.B. § 1646 BGB

5) Es darf nicht einmal in fremdem Namen gehandelt werden, da anderenfalls der Tatbestand und die Vertretungswirkung nach Maßgabe der offenen Stellvertretung vorliegen.

6) WOLFF, Vertretung S. 206 f, spricht in Bezug auf die Rechtsverwaltung von "Saldo-Zuordnung", worunter er versteht, daß die Träger des verwalteten Vermögens durch die Verwaltung im ganzen oder im Ergebnis berechtigt oder verpflichtet werden, so daß "nach Erledigung der Verwaltung das Vermögen in dem vom Verwalter gestalteten Zustand übergeht". Gemeint ist damit, daß der Vetretene während der Verwaltung keinen rechtlichen Einfluß auf seine bestehenden und entstehenden Berechtigungen und Verpflichtungen

Die dingliche Surrogation ist eine Einrichtung zum Schutz von Vermögensmassen. Sie ermöglicht die Erhaltung der Substanz eines Vermögens. Wenn die Rechtsverwaltung auch nicht den so verstandenen Schutz von Vermögen bewirkt, so dient sie doch einem Zweck, der an den Bestand eines Vermögens gebunden ist, nämlich dem Ausgleich und der Befriedigung von Interessen an einer bestehenden Vermögensmasse (z.B. Konkursmasse, Gemeinschuldner, Konkursgläubiger).

Der dinglichen Surrogation und der Rechtsverwaltung liegen andere Zwecke zugrunde als der Beleihung. Bei der Funktion des Beliehenen geht es nicht um einen Vermögensschutz oder ein Vermögensinteresse zugunsten des Staates. Da aber die Vertretungswirkung bei der dinglichen Surrogation und der Rechtsverwaltung nur aus der Zweckrichtung zu verstehen ist, läßt sich diese Vertetungsmodalität nicht auf die Beleihung übertragen[1].

Es wäre allenfalls zu überlegen, ob die Beleihung nicht als ein weiterer (Sonder-) Fall der verdeckten Vertretung mit unmittelbarer Vertretungswirkung (Fremdzuordnung) anzusehen ist. Vom Standpunkt der beteiligten Interessen besteht jedoch für diese Sonderbehandlung keine Notwendigkeit.

---

1) Eine Erörterung der Spezifikation als weiterer Rechtsvorgang mit Fremdwirkung erübrigt sich, da er mit der Beleihung nichts gemein hat. Die Vertretungswirkung beruht auf rein tatsächlicher, willensunabhängiger Rechtshandlung.

Der Beliehene ist Funktionseinheit des Staates, nicht aber dessen Organ oder unmittelbarer Vertreter. Werden aber die Rechtshandlungen des Beliehenen dem Staat weder als solche zugerechnet noch deren Rechtserfolg zugeordnet, so handelt der Beliehene nicht in Verkörperung des Staates. Auch innerhalb der ihm zukommenden öffentlich-rechtlichen Kompetenzen stellt der Beliehene nicht den Staat dar[1]. Seine Rechtshandlungen sind nicht Staatshandlungen.

Als rechtsfähiges Subjekt, das im e i g e n e n Namen mit eigener Zurechnungs- und Zuordnungssubjektivität öffentlich-rechtliche Kompetenzen wahrnimmt, die ihm vom Staat zur Eigen- oder Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt sind, ist der Beliehene G l i e d der Staatsorganisation[2].

Es liegt nahe, Wesensübereinstimmungen zwischen der Gliedschaft und der mittelbaren (indirekten) Vertretung zu suchen, weil beide Vertretung bedeuten, obwohl im eigenen Namen gehandelt wird. In der Tat finden sich einige Übereinstimmungen. Bei-

---

1) vgl. G. JELLINEK, System S. 224, der bezüglich der Darstellung des Staates durch Organe schreibt - entsprechend dem von ihm vertretenen personellen Organbegriff - "Staatsorgane als solche sind nicht Persönlichkeiten, sondern physische Individuen, welche innerhalb der ihnen zukommenden Kompetenz den Staat selbst darstellen". Vgl. SCHLOSSMANN, JheringsJ Band 44 S. 292.

2) Diese Bezeichnung verwendet WOLFF, Vertretung S. 252, für die rechtsfähigen Einheiten in der Staatsorganisation und verweist auf einen gelegentlich anzutreffenden Sprachgebrauch.

de Rechtserscheinungen ziehen weder Zurechnung der Tatbestandshandlung noch Zuordnung der Rechtsfolgen zugunsten des Vertretenen nach sich. Die Rechtswirkungen der Vertreterhandlungen können nur im Wege gesonderter Zuordnungsgeschäfte dem Vertretenen zugewiesen werden. Aber indem auf Grund interner Beziehungen für das Handeln die Interessen eines a n d e r e n Subjektes maßgeblich sind, wird dieses Subjekt vertreten, findet (Interessen-) Vertretung statt. Der Inhalt eines von dem Vertreter abgeschlossenen Geschäftes bestimmt sich nicht nach seinem eigenen Interesse, sondern nach dem Interesse des Vertretenen.

Das Ausmaß der Berücksichtigung der Interessen des Vertretenen differiert bei der mittelbaren Vertretung und der Gliedschaft[1]. Die internen Verhältnisse, die für dieses Ausmaß den Ausschlag geben, sind inhaltlich zu unterschiedlich, als daß sie in dieser Hinsicht zu gleichen Ergebnissen führen könnten. Schon aus diesem Gesichtspunkt verbietet sich eine völlige Identifizierung von Gliedschaft und mittelbarer Vertretung.

Die Rechtsfiguren unterscheiden sich weiterhin in den Rechtsformen ihrer Begründung. Die Einschaltung eines Rechtssubjektes als Glied der Staatsorganisation erfolgt durch organisatorischen

---

1) Es ist auch nicht für alle Fälle der Gliedschaft einheitlich. Bei der von rechtsfähigen Einheiten der Staatsorganisation betriebenen Selbstverwaltung ist es z.B. geringer als bei der Wahrnehmung staatlicher Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen.

Rechtssatz oder auf der Grundlage eines solchen Rechtssatzes[1]. Demgegenüber geschieht die Bestellung eines mittelbaren Vertreters zwar auch auf der Grundlage eines Rechtssatzes, nicht aber eines organisatorischen Rechtssatzes, sondern im Wege rechtsgeschäftlicher Beauftragung.

Die Rechtsgrundlagen der Kompetenzzuweisung unterscheiden sich bei der Gliedschaft und mittelbaren Vertretung aber nicht nur ihrem Inhalte nach als organisatorische oder nicht-organisatorische Rechtssätze. Während die mittelbare Vertretung auf der Privatautonomie und zivilrechtlichen Rechtssätzen basiert, erfordert die Zuweisung einer gliedschaftlichen, öffentlich-rechtlichen Kompetenz einen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz bzw. ein - diesen öffentlich-rechtlichen Rechtssatz konkretisierendes - Rechtsgeschäft[2]. Die Sonderrechtsqualität der Kompetenz bedingt den besonderen Rechtssatz. Privatrechtliche Rechtssätze können bei der Schaffung dieser Sonderrechtssätze zwar die Richtlinien, nicht aber selbst die rechtliche Grundlage bilden. Die Einräumung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen vom Staat auf andere Rechtssubjekte setzt demnach einen ö f f e n t l i c h - r e c h t l i c h e n Rechtssatz voraus, durch den oder auf dessen Grundlage dieser Rechts-

---

1) Über den Begriff des organisatorischen Rechtssatzes vgl. oben S. 46 f.
2) BURCKHARDT, Organisation S. 10 f; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 527; OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61; v.WICK, Diss. S. 45 Anm. 71 mit Lit. Hinweisen.

vorgang erfolgt[1].

Außer dieser Differenz im Inhalt und Charakter der Rechtsgrundlagen unterscheiden sich Gliedschaft und mittelbare Vertretung in Bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem. Die mittelbare Vertretung ist gekennzeichnet durch eine (interne) schuldrechtliche Verpflichtung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen auf Übertragung der - als Folge der Vertreterhandlung - entstandenen Rechtswirkung. Indem der mittelbare Vertreter die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür schafft, daß der von ihm erzielte Rechtserfolg auf den Vertretenen übergeht, wird er von seiner Verpflichtung befreit. Eine Verbindlichkeit dieses Inhalts gibt es in gliedschaftlichen Verhältnissen grundsätzlich nicht. So ist auch der Beliehene nicht verpflichtet, die durch seine (Fremd-) Funktion ihm (als Zurechnungs- und Zuordnungssubjekt) erwachsenen Rechtsfolgen auf den Staat zu übertragen.

Diese strukturelle Verschiedenheit beider Rechtsfiguren macht eine begriffliche Trennung notwendig.

Der Beliehene ist Glied der Staatsorganisation.

---

1) Wenn SPAHN, Einschaltung S. 18, erklärt, die Übertragung von Aufgaben der gestaltenden Verwaltung auf Private bedürfe keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, so gibt er damit zu erkennen, daß er die der gestaltenden Verwaltung zugrunde liegenden Kompetenzen als privatrechtlich ansieht. Das ist zumindest in dieser Verallgemeinerung unrichtig.

§ 11: Beleihung als Erweiterung der Rechtsstellung.

Viele Autoren[1] vertreten die Ansicht, die öffentliche Funktion habe für den Beliehenen lediglich eine zusätzliche Bedeutung, primär sei er mit der Wahrnehmung seiner Eigenzuständigkeiten beschäftigt. So schreibt beispielsweise O. MAYER[2]: "Die Verleihung bringt dem Beliehenen das öffentliche Unternehmen als eine äusserliche Zutat, die sein eigenes Wesen nicht berührt". Er kann "ein einzelner Privatmann sein und bleiben oder eine Aktiengesellschaft".

Man setzt den Beliehenen im Hinblick auf diese "Zutat" in Gegensatz zu den anderen Selbstverwaltungskörpern, deren öffentliche Funktionen zu ihren notwendigen Zwecken gehören[3].

Mit dieser Charakterisierung der Beleihung ist eine unwesentliche - nur gelegentlich in Einzelfällen vorhandene - Eigenschaft zum Kriterium erhoben worden. Das quantitative Verhältnis der privatrechtlichen Eigenzuständigkeiten und öffentlich-rechtlichen Kompetenzen ist unbeachtlich. Die Tätigkeit des Beliehenen kann sich gegebenenfalls in der Hauptsache im Bereich der ihm übertragenen Zuständigkeit entfalten. Das wird z.B. oft dann

---

1) z.B. JERUSALEM, Grundriss S. 81; MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243; W.JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 526; NEBINGER, Verwaltungsrecht, S. 15 und S. 137 f.; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 121 f.; POTSCHTER, Diss. S.17; BRAND, Diss. S. 53; SIMONS, Kohlenwirtschaft S. 34 f. - Demgegenüber weist VOGEL, Wirtschaftseinheiten, S. 98 auf die unzulängliche Handhabung dieses Unterscheidungsmerkmales hin. Es sei nur "eine Umschreibung dessen", daß der Beliehene eben keine öffentliche Rechtspersönlichkeit erlangt."

2) Dt. Verwaltungsrecht II S. 243.

3) HUBER, DVBl. 1952 S. 456 und in Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 533; SCHMELLER, Diss. S.137.

der Fall sein, wenn ein Privatrechtssubjekt ad hoc geschaffen wird (z.B. eine BGB-Gesellschaft, eine AG) zum Zwecke der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Staatskompetenzen. Eben weil dieses Subjekt vorher nicht bestand und kaum Eigenzwecke zu verfolgen hat, wird seine Tätigkeit vornehmlich auf öffentlichem Gebiet liegen[1]. Es wäre übertriebener Formalismus, diese Rechtsfigur aus diesem Grund nicht zu den "Beliehenen" zu zählen.

Eine abweichende Ansicht vertritt HUBER mit seinem Begriff der "öffentlichen Anstalten in privater Rechtsform"[2]. Darunter versteht er:"Wirtschaftsverbände, vornehmlich solche des Kreditwesens, die offensichtlich mit bedeutenden öffent-

---

1) SCHMELLER, Diss. S. 137, führt als Beispiele die Zündwarenmonopolgesellschaft und die Reichs-Maisstelle GmbH an. Diese Beispiele sind m.E. - wie später noch eingehend erörtert wird - unrichtig gewählt, handelt es sich bei der Funktion dieser Unternehmen doch nicht um die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen. Richtigerweise muß z.B. auf die technischen Überwachungsvereine oder die ARBEG GmbH (= Arbeitsgemeinschaft zur Prüfung der elektrischen Installationsanlagen auf dem Lande) verwiesen werden.

2) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 121 ff.- FLEINER, Institutionen S. 125, spricht ebenfalls von der "öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform". VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 101, erklärt, daß FLEINER das nur "rein soziologisch beschreibend" gemeint habe im Hinblick auf die Parallele zu den öffentlichen Anstalten. KÖTTGEN in VVDStrL Heft 6 S. 109 f. beurteilt die Äusserung von FLEINER jedoch anders. - Mit den öffentlichen Anstalten in privater Rechtsform sind nicht zu verwechseln die öffentlichen Einrichtungen in privater Rechtsform. Einrichtungen z.B. einer Gemeinde bleiben auch dann öffentliche, wenn sie in Privatrechtsform, also z.B. als AG, GmbH usw., betrieben werden. Vgl. HURST, Karl in PETERS Handbuch II S. 844.

lichen Funktionen ausgestattet, trotzdem aber in der Form einer Gesellschaft des privaten Rechts errichtet sind." Es handelt sich dabei um Rechtsinstitute der öffentlichen Wirtschaftsverwaltung, die lediglich öffentliche Aufgaben und hoheitliche Befugnisse wahrzunehmen haben und dennoch in der Rechtsform der privaten juristischen Person errichtet sind. Gerade auf dem öffentlichen Verwaltungssektor des Währungs- und Kreditwesens besitzt eine Anzahl von Banken die Rechtsform der normalen Aktiengesellschaft[1]. RUSSEL[2] ist der Meinung, daß in derartigen Fällen in der "gesellschaftsrechtlichen Form lediglich die äussere Einkleidung einer tatsächlich anstaltlichen Verwaltung" zu erblicken ist[3]. Wenn HUBER von Anstalten in privater Rechtsform spricht, so hat er sich dieser Ansicht offensichtlich angeschlossen, zumal er selbst auf die Auffassung und Konstruktion von RUSSEL verweist.

Es mag zugegeben werden, daß viele Institute des öffentlichen und privaten Rechts anstaltsstrukturelle Merkmale zeigen, sofern man den unzureichenden Anstaltsbegriff zugrunde legt, demzufolge es sich (nur) handelt um einen Bestand von persön-

---

1) Über die diesbezügliche Problematik bei der früheren Reichsbank vgl. SCHMELLER, Diss. S.139.
2) RUSSEL in ZStW Band 96 S. 184.
3) In diesem Sinne äussert sich MAYER, AöR Band 1, S. 717 zu der damaligen Gestalt der Reichsbank: Sie ist "eine Staatsanstalt, welche einer besonders gestalteten, aber immer noch dem Privatrecht angehörigen Aktiengesellschaft zur Ausbeute überlassen ist unter starker Beeinflussung des Betriebes durch den Staat." Vgl. dazu KORMANN, Einführung S. 42.

lichen und sachlichen Mitteln.

Die Besonderheit des Rechtsbegriffs "Anstalt" liegt jedoch darin, daß sie als Subjekt öffentlich-rechtlicher Rechtssätze ein öffentlich-rechtliches Institut darstellt[1].

Selbst wenn eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausschließlich öffentliche Funktionen ausüben, werden sie dadurch nicht zu einer öffentlichen Anstalt[2]. Für die Rechtserscheinung der öffentlichen Anstalt gibt es im Bereich des Privatrechts keine unmittelbar entsprechende Institution[3]. WEBER äussert sich dazu mit der Feststellung: "Private Rechtsform und ... (öffentlicher) Anstaltscharakter schliessen sich aufs strengste aus"[4].

---

1) Die von KORMANN, Einführung S. 43, propagierte Unterscheidung von öffentlichen und öffentlich-rechtlichen Anstalten hat keine Nachfolge gefunden. Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 435 Anm. 1.

2) Das gilt insbesondere für die gewerblichen Unternehmen, an denen die "öffentliche Hand" beteiligt ist. - Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind hauptsächlich körperschaftlicher Struktur. Sie zeigen jedoch auch in starkem Maße anstaltliche Merkmale.

3) Damit wird nicht bestritten, daß es privatrechtlich betriebene Anstalten gibt. Insoweit ist W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 513, beizustimmen. Er spricht jedoch terminologisch ungenau von "Privatanstalten" (S. 514).

4) WEBER, Körperschaften S. 69. - Vgl. auch WOLFF in AöR 76 S. 216 Anm. 16: "Die Organisationsformen des Bürgerlichen, des Handels- und Verwaltungsrechts sind je besondere Rechtsformen, die einander streng ausschließen." Im Ergebnis auch KÖTTGEN, VVDSTrL Heft 6 S. 110 f.; KAUFMANN in WbStaVR III S. 708 ff., Artikel "Verwaltung, Verwaltungsrecht"; W. BÜHLER, Diss. S. 100; FLEINER, Institutionen S. 323.

Überdies besteht keine Notwendigkeit, diese - nach Privatrechtsformen gebildeten - Verbände mit ihren ausschliesslich oder vorwiegend öffentlichen Funktionen nicht unter den Beliehenen einzureihen, vorausgesetzt, daß ihnen öffentlich-rechtliche Kompetenzen zugewiesen sind. Die Verwendung einer anderen - zudem nur entsprechenden - Bezeichnung geschieht auf Kosten der begrifflichen Klarheit und Übersicht[1].

§ 12: Funktionen des Beliehenen.

Was den materiellen Gehalt der von Privatrechtssubjekten wahrzunehmenden öffentlich-rechtlichen Kompetenzen betrifft, so handelt es sich dabei in erster Linie um V e r w a l t u n g s - a n g e l e g e n h e i t e n [2].

Um damit genaue Vorstellungen verbinden zu können, muß man Wesen und Inhalt der staatlichen Verwaltungskompetenzen definieren.

Im Gegensatz zu der im Schrifttum vorherrschenden Begriffsbestimmung der Staatsverwaltung durch negative Abgrenzung gegenüber den anderen Staats-

---

1) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 102, erklärt, daß dieser Begriff der "öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform" völlig unergiebig ist. Sofern diese sogenannten "Anstalten" tatsächlich dem Privatrecht unterstehen (z.B. als AG) können für sie keine anderen Rechtssätze gelten als für Gebilde gleicher Art, die nicht die Funktionen der öffentlichen Anstalt ausüben. Darin ist VOGEL in vollem Umfang beizustimmen.

2) Vgl. BRAND, Diss. S. 44 ff.

funktionen[1] verstehen wir im Anschluß an WOLFF darunter die mannigfaltige, zweckbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten des Staates und seiner (Staats-) Bürger als solcher durch die dafür bestellten Organe des Staates[2].

Diese Verwaltungsfunktionen haben ihre Rechtsgrundlage in diesbezüglichen, inhaltlich entsprechenden Kompetenzen. Auf Grund der darin enthaltenen Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen zur Wahrnehmung (gerade) dieser Angelegenheiten sind sie als V e r w a l t u n g s kompetenzen zu bezeichnen. Die Kompetenzen sind nach der jeweiligen Stellung ihres Subjektes öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich[3].

Die Mehrzahl der Beleihungsfälle betrifft - wie erwähnt - die Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Verwaltungskompetenzen des Staates.

Im Schrifttum findet man wiederholt die Feststellung, daß der Beliehene im Bereich der "schlichten Verwaltung" tätig werde[4].

---

1) Diese Abgrenzung geht auf MAYER zurück, der - und im Anschluß an ihn die h.L. - die Verwaltung begriff als die Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung, insofern sie weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist. Siehe MAYER, Dt.Verwaltungsrecht Bd 1 S. 7 und 13. Auf die Versuche einer positiven Umschreibung in Anknüpfung an ältere Charakterisierungen der Verwaltung durch R.v.MOHL, L.v.STEIN, G.JELLINEK und KAUFMANN verweist WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 I. Über die Trennung und Zusammenhänge der Gesetzgebung, Regierung, Rechtsprechung und Verwaltung vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I §§ 16-20.

2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II c, der in der dort gegebenen Begriffsbestimmung sich nicht auf die Staatsverwaltung beschränkt, sondern generell die öffentliche Verwaltung definiert. Insoweit ist seine Definition nicht genau im Wortlaut wiedergegeben.

3) Vgl. oben S. 33.

4) Z.B. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S.539; BRAND, Diss. S. 44; SPAHN, Einschaltung S. 18.

Diese Erklärung ist leichthin mißverständlich, insbesondere wenn man sie in Zusammenhang bringt mit dem Rechtscharakter der von den Beliehenen wahrgenommenen Kompetenzen. Während auf der einen Seite Rechtsqualität und Wesensgehalt der Kompetenzen gemeint sind, geht es bei der "schlichten Verwaltung" lediglich um die für die Tätigkeit gewählte Rechts f o r m [1].

Nach der Bezeichnung könnte man zunächst den Eindruck gewinnen, daß mit "schlichter Verwaltung" die Wahrnehmung privatrechtlicher Verwaltungskompetenzen gemeint ist. Schlichte Verwaltung bedeutet jedoch die mit den nicht-obrigkeitlichen Maßnahmen der koordinierenden, beratenden, hinweisenden, fördernden oder abmahnenden Einflußnahme operierende Verwaltungstätigkeit[2]. Diese Modalität der Verwaltung hat mit dem Rechtscharakter der wahrgenommenen Kompetenz nur insofern etwas zu tun, als von schlichter Verwaltung (vornehmlich) bei der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher (Verwaltungs-) Kompetenzen die Rede ist, da privatrechtliche Kompetenzen ohnehin nur privatrechtliche Rechtsformen zulassen.

---

1) Das wird zuweilen wenig beachtet und führt zu mißverständlichen Formulierungen, z.B. bei SPAHN, Einschaltung S. 18.

2) Vgl. HUBER in DVBl 1952 S. 459. Er verweist darauf, daß gerade auf dem Sektor der privaten Wirtschaft die schlichten Einwirkungen der Verwaltung auf das Wirtschaftsgeschehen, Verhandlungen, Informationen, Ratschläge, Mahnungen und informelle Zusicherungen als Methoden schlicht-obrigkeitlicher Verwaltung sehr an Bedeutung zugenommen haben. - Bei dieser Modalität der Verwaltungstätigkeit wird zuweilen statt von "schlichter" auch von "pflegender Verwaltung" gesprochen, z.B. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 3 II c. Dieser Terminus ist irreführend, da man dabei zunächst an einen bestimmten Gehalt der verwaltenden Tätigkeit , nicht aber an eine Tätigkeitsform denkt.

Mit der schlichten Verwaltung des Beliehenen kann demnach nur die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Verwaltungskompetenzen des Staates unter Verzicht auf obrigkeitliche Rechtsmittel gemeint sein.

Die Beleihung ist nicht ausschließlich ein Institut des Verwaltungsrechts, auch wenn es - rechtsgeschichtlich gesehen - anfangs auf das Verwaltungsrecht beschränkt war. Im Wege der Beleihung können Privatrechtssubjekte hinsichtlich drei - der insgesamt fünf - staatlichen Funktionsbereiche Kompetenzen erhalten[1)2)].

Mit dem Recht zur Wahrnehmung der Verfassunggebung können Privatrechtssubjekte nicht beliehen werden. Diese Aufgabe obliegt nach gegenwärtigem

---

1) Vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 538.
2) Die Unterscheidung der fünf Staatsfunktionen -Verfassunggebung, Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung - beruht auf der Theorie von WOLFF, Verwaltungsrecht I § 16 II und KÜCHENHOFF, Staatslehre S. 100 ff., die die herkömmliche Dreiteilung in Legislative, Exekutive und Judikative präzisiert haben, da Verfassungsgebung und Gesetzgebung sowie Regierung und Verwaltung als Staatsfunktionen materiell so differieren, daß sie auch begrifflich zu trennen sind. WOLFF behauptet zutreffend, daß man bei dem dreiteiligen Strukturprinzip der Verfassung konstitutioneller Staaten die verfassunggebende Gewalt (des Volkes) wie auch die eigenständige Gewalt der Regierung zu übersehen pflege.

Staatsrecht einem unmittelbaren, staatlichen Organ[1]. Gleiches gilt für die Staatsfunktion der Regierung. Auch sie ist durch unmittelbare, staatliche Organe, nicht also durch Subjekte des Privatrechts auszuüben.

MENGER[2] bezeichnet die politischen Parteien als mit verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten Beliehene, da sie als Privatpersonen Aufgaben auf dem Gebiet des materiellen Verfassungsrechts erfüllen. Dieser Ansicht ist nicht beizustimmen, da es sich bei der Tätigkeit der Parteien nicht um die Wahrnehmung s t a a t l i c h e r Kompetenzen handelt[3]. Nach Art. 21 GG wirken sie mit bei der politischen Willensbildung des Volkes.

Als Beispiele für Funktionen von Beliehenen im Rahmen der G e s e t z g e b u n g sind die öffentlich-rechtlichen, rechtsetzenden Vereinbarungen, dabei insbesondere die einfachen und allgemeinverbindlichen Verträge der Tarifvertragspart-

---

1) Die Genese einer Verfassung vollzieht sich freilich nicht durch die Tätigkeit von S t a a t s organen, da der Verfassungsgeber noch keinem Staat angehört. Wenn hier dennoch von einer Verfassunggebung durch Staatsorgane die Rede ist, so sind damit ihre Erhaltung, Erweiterung und Veränderung gemeint. - Vgl. WOLFF, Staatsperson S. 454 ff.

2) MENGER in AöR 78.Bd S. 149 ff. (161).

3) MENGER in AöR 78.Bd S. 161 schreibt, daß es sich um Kompetenzen handelt, "welche nach der Konstruktion des überkommenen Staatsrechts in der parlamentarischen Demokratie entweder dem Staatsvolk oder der Volksvertretung ... zustanden". - Den Parteien fehlt es jedoch an einem Recht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt. Die ihnen eigene Macht stellt sich (lediglich) als nicht-herrschende Verbandsgewalt dar.

ner zu nennen[1)2)]. Diese Charakterisierung der Tarifpartner setzt jedoch voraus, daß man den Tarifvertrag in seinem normativen Teil als objektives Recht und die Tarifvertragsparteien insoweit als zur Wahrnehmung der staatlichen Rechtsetzungskompetenz befugt ansieht.

Über den Rechtscharakter des Tarifvertrages und die Rechtsstellung der Tarifvertragsparteien ist im Schrifttum lebhaft gestritten worden. KLEIN[3)] verneint eine Autonomie der Tarifvertragsparteien mit der Begründung, "der Staat erkenne zwar die von den privaten Verbänden geschaffenen Normen als rechtswirksam an, übertrage den Parteien des Tarifvertrages aber nicht die ihm zustehende Rechtsetzungsbefugnis, so daß die Tarifvertragsparteien gewissermaßen als seine Organe eine Rechtsverordnung erließen". Die Richtigkeit dieser Ansicht[4)] und der anderen Theorien über die Rechtsstellung der Tarifvertragsparteien kann dahingestellt bleiben. Sie im einzelnen darzustellen und zu erörtern ist hier nicht notwendig.

---

1) Über die grundsätzlichen - insbes.staatspolitischen Bedenken - gegen die Delegation der Kompetenz zur Gesetzgebung vgl. TRIEPEL, Delegation S. 115.
2) In diesem Zusammenhang sind ebenfalls die Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung zu nennen. Vgl. HUECK in RdA 1952 S. 370 f.
3) Siehe Friedrich KLEIN, Übertragung S. 112 f.
4) Sie wird von HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd 2 S. 428, mit dem Hinweis bekämpft, daß die Tarifvertragsparteien eine einseitige Rechtsetzungsbefugnis besitzen müßten, wenn sie mit Rechtsverordnungsgewalt ausgestattet wären. Die Argumentation seiner Ablehnung läßt erkennen, daß er die Möglichkeit diesbezüglichen Zusammenwirkens der Tarifvertragsparteien - und damit deren einseitige Anordnung - außer acht läßt.

Richtigerweise beurteilt man die Tarifvertragsparteien als Glieder der staatlichen Rechtsetzung. Nicht ist ihnen die Gesetzgebungszuständigkeit, sondern (lediglich) eine sachbezogene Zuständigkeit zur Wahrnehmung dieser s t a a t l i c h e n Kompetenz zugewiesen[1]. In diesem Sinne ist auch BRAND[2] zu verstehen, wenn er schreibt: Die Tarifvertragsparteien haben "eine gemeinsam wahrzunehmende Rechtsetzungsbefugnis"[3]. - Durch die Wahrnehmungszuständigkeit hinsichtlich der öffentlichrechtlichen Kompetenz des Staates zur Rechtsetzung werden die privatrechtlichen Tarifvertragsparteien[4] zu Beliehenen.

Im Bereich der Staatsfunktion R e c h t s p r e c h u n g und R e c h t s p f l e g e findet sich ein Beispiel für die Beleihung in dem Institut des Schiedsmannes. Gemäß § 4 1. Halbs. der Geschäftsanweisung für Schiedsmänner[5] sind diese

---

1) SCHEUNER in DöV 52 S. 614 weist auf den Vorschlag hin, den Bereich der Tätigkeit der Sozialpartner in der Form einer Selbstverwaltung einzurichten und diese Dinge zu eigenverantwortlicher Gestaltung zu überlassen.
2) BRAND, Diss. S. 49.
3) Wir können auf Grund dieser Unselbständigkeit der dem einzelnen Tarifpartner zugewiesenen Kompetenz die Feststellung treffen, daß Privatrechtssubjekte auch die Rechtsstellung eines (staatlichen) Glied t e i l s einnehmen.
4) BRAND, Diss. S. 49: Ihrer Rechtsform nach sind die Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen nach geltendem deutschen Recht zweifellos privatrechtliche Organisationen. - SCHEUNER in DöV 52 S. 614, unterstützt die im Schrifttum vereinzelt geäußerte Ansicht, derzufolge die Gewerkschaften einen begrenzten öffentlichen Status haben. Siehe dort weitere Literaturhinweise.
5) Geschäftsanweisung vom 13.1.1925 (prJM I 63).

Organe der Rechtspflege[1]. In materieller und funktioneller Sicht gehört ihre Tätigkeit zur Rechtsprechung. Rechtspflege und Rechtsprechung werden grundsätzlich durch Staatsorgane ausgeübt. Mit der Einsetzung als Schiedsmann wird einem Privatrechtssubjekt eine Zuständigkeit zur Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz des Staates eingeräumt. - Der Schiedsmann zählt zu den Beliehenen[2].

Es handelt sich jedoch nicht um Beleihung, wenn eine andere Person als der Gerichtsvollzieher mit der Versteigerung einer gepfändeten Sache durch das Vollstreckungsgericht gem. § 825 ZPO b e - a u f t r a g t wird[3]. Zwar ist die dem Gerichtsvollzieher auferlegte Funktion obrigkeitlicher Art. Dennoch handelt es sich nicht um einen Beliehenen. Es fehlt an den Voraussetzungen der Gliedschaft. Die Beauftragung erfolgt nicht durch organisatorischen Rechtssatz oder durch konkretisierenden Rechtsakt auf der Grundlage eines solchen Rechtssatzes.

---

1) Der Begriff der Rechtspflege kann der Rechtsprechung im materiellen Sinne nicht gleichgesetzt werden, sofern man darunter - mit WOLFF, Verwaltungsrecht I § 19 I - versteht "die Verwirklichung von Staats- und sonstigen öffentlichen Zwecken seitens der damit betrauten Staatsorgane durch das Mittel der Rechtsanwendung". - Damit gewinnt die Rechtspflege gleiche Eigenschaften wie die materielle Verwaltungstätigkeit, während demgegenüber die Rechtsprechung die spezifische Bedeutung einer über die Rechtsanwendung hinausgehenden Rechtsstreitentscheidung aufweist.

2) Vgl. BRAND Diss. S. 50 mit weit.Literaturangaben

3) Vgl. LÜKE in NJW 54 S. 254 ff. = DGVZ 1954 S. 50 ff.

Nach der Feststellung der Funktionen und der Rechtsstellung des Beliehenen sowie seines Rechtsverhältnisses zum Staat läßt sich die zuvor gegebene Definition[1] wie folgt ergänzen:

Der Beliehene ist ein Privatrechtssubjekt (natürliche oder Verbands-Person), dem durch organisatorischen Rechtssatz öffentlich-rechtliche Kompetenzen und in Verbindung damit das Recht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt eingeräumt worden sind. Sofern das Privatrechtssubjekt Verbandsperson ist, kann es auf diese Weise hinsichtlich der Verbandsangelegenheiten zum Selbstverwaltungsträger werden. Demgegenüber können natürliche Personen nur die (öffentlich-rechtliche) Kompetenz zur Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Staates erlangen. Privatrechtssubjekte können als Beliehene in den Funktionen der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege tätig werden. Sie sind dann Glieder der Staatsorganisation.

---

1) Siehe oben S. 83.

. Kapitel: Folgerungen aus der Konstruktion der Beleihung.

§ 13: Beliehener und Organwalter.

Wie unterscheidet sich nach dieser Begriffsbestimmung die beliehene natürliche Person[1] von den Privatrechtssubjekten, die als (staatliche) Beamte (oder Angestellte) in öffentlich-rechtlichen Kompetenzen des Staates tätig werden?

Sowohl die beliehene Individualperson als auch der staatliche Beamte fungieren als natürliche Personen für den Staat[2][3]. Ihre Rechtsstellung

---

1) Destinatär der Beleihung kann grundsätzlich jedes Privatrechtssubjekt sein, also auch eine Verbandsperson. Die hier gestellte Frage nach der Unterscheidung kommt jedoch bei natürlichen Personen auf.

2) Der Staat kann nur durch natürliche Personen handeln. Das beruht auf der Tatsache, daß die Wirkung eines Rechtsgeschäftes Folge eines Parteiwillens ist, also nur eintritt, weil sie gewollt ist. Nur psychophysischen Wesen, demnach natürlichen Personen, ist die Fähigkeit zur W i l l e n s bildung gegeben. Da es juristischen Personen an Vernunft und damit an einer Willensfähigkeit mangelt, müssen sie sich der Vernünftigkeit und Willensfähigkeit natürlicher Personen bedienen. - Vgl. statt vieler LEHMANN, Allg. Teil § 24 I.

3) Diese Tatsache bewegt GERBER, AöR Band 18 nF, S. 1 ff., zu der Behauptung, daß man zwischen dem Staat und den Beamten nicht unterscheiden dürfe wie zwischen einem Dienstherrn und einem Dienstverpflichteten. Vielmehr sei der Beamte gerade weil und solange er sich im Dienstverhältnis befinde, selbst der Staat. Eine Personifizierung des Staates sei zumindest auf diesem Gebiet unzulässig. - WOLFF, Vertretung S. 231 Anm. 2, hat dem zutreffend widersprochen mit dem Hinweis auf die unbestrittene Rechtssubjektivität des Staates (auch) "nach innen", deren Konstruierbarkeit allerdings gewisse Schwierigkeiten mache.

zum Staat ist jedoch grundverschieden[1].

Unter organisationsrechtlichem Gesichtspunkt ist der Beamte in der Regel Organwalter. Die Einrichtung des Organwalters ist notwendige Folge des Organbegriffs. Organe sind institutionalisierte, apersonale Subjekte von Wahrnehmungszuständigkeiten. Sie sind - wie die juristischen Personen - lediglich gedachte, rechtstechnische Subjekte[2], denen kein soziales Substrat zugrunde liegt[3]. Mit der Willens- und Handlungsfähigkeit des Organs ist es gleicherweise bestellt, wie bei der juristischen Person selbst. Damit ein Organ aktuell wirksam werden kann, sind natürliche Personen erforderlich, die die (Wahrnehmungs-) Kompetenzen dieses institutionellen Subjektes ausüben[4]. Sofern also von Organhandeln die Rede ist, ist damit begriffen das Handeln der Menschen, die für das Organ wollen

---

1) Da hier nur die organisationsrechtliche Stellung der genannten Rechtsfiguren in Frage steht, kann die dienstrechtliche Differenz unberücksichtigt bleiben.
2) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 III; die Notwendigkeit der Trennung des Organs von den es tragenden Menschen wird von vielen Autoren mehr oder minder ausdrücklich betont. Z.B. G. JELLINEK, Staatslehre S. 559; G. und E. KÜCHENHOFF, Staatslehre S. 70. - Die bezüglich § 31 BGB sogenannte "Haftung für Organe" lässt die Unterscheidung unberücksichtigt. Zutreffend ist demgegenüber die Verwendung des Organbegriffs in § 45 II BGB.
3) Die Organwalter bilden nicht - wie man naheliegend vermuten könnte - das soziale Substrat eines Organs. Sie sind vielmehr zum Zwecke der Waltung (lediglich) organisationsrechtlich an das Organ gebunden.
4) Das beruht auf den zuvor genannten Erwägungen. Siehe Anm. 2 S. 111.

und handeln[1]. Diese Menschen, welche die Organkompetenzen namens des Organs zuständig wahrnehmen, sind die sogenannten Organwalter[2].

Oftmals werden im Schrifttum diese Menschen selbst als Organe bezeichnet[3]. Richtigerweise aber unterscheidet man zwischen dem Organ - als dem durch organisationsrechtliche Normen gebildeten Kompetenzkomplex - und dem Organwalter - als derjenigen natürlichen Person, die jene organschaftlichen Kompetenzen wahrnimmt[4].

---

1) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 IV a.
2) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 III a; "Ein Organ kann daher nur aktuell wirksam werden, wenn es Menschen gibt, welche die im Organ als einem institutionellen Subjekt zusammengefassten Zuständigkeiten versehen. ..." - KELSEN, Hauptprobleme S. 523 ff.,hat die Unterscheidung von Organ und Organwalter abgelehnt. Die Charakterisierungen des Organs innerhalb der Lehrmeinungen - so behauptet er - könnten sich nur auf die "Organträger" (sc. Organwalter) beziehen, nicht aber auf eine abstrakte Institution. Seine Abweichung besteht darin, daß er den hier sogenannten Organwalter als "Organ" bezeichnet und das, was hier unter Organ verstanden wird, dem Verband gleichsetzt. - Eines Organwalters bedarf es auch nicht im System von PETERS. Nach seiner Auffassung (Lehrbuch S. 109) handelt es sich bei "Organen" um natürliche, willens- und handlungsfähige Personen.
3) Einen aufschlußreichen Überblick über diese Begriffsverwendung in der älteren Literatur gibt LUKAS, Rechtliche Stellung S. 17 ff. - Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 74 III b. Auch spricht man hinsichtlich der Organwalter von Organpersonen und Organträgern. Vgl. G. und E. KÜCHENHOFF, Staatslehre S. 70; G. JELLINEK, System S. 224; KELSEN, Staatslehre S. 270; CANTNER, Diss. S. 27, bezeichnet den Beamten als Organ.
4) Über die gegenwärtige Verwendung beider Begriffe vgl. WOLFF, Vertretung S. 229 Anm. 3.

Die Berechtigung und Verpflichtung des Organwalters verbindet ihn mit dem Organ derart, daß er das in der organschaftlichen Wahrnehmungszuständigkeit zusammengefasste Können, Dürfen und Sollen zu besorgen hat. Entsprechend handelt eine natürliche Person nur dann als Organwalter, wenn sie die dem Organ zugewiesenen Kompetenzen ausübt[1].

Diese tatsächliche Geschäftsbesorgung beruht - abgesehen von den Fällen unzuständigen Handelns - auf einer Wahrnehmungskompetenz des Organwalters. Es ist die Kompetenz zur Wahrnehmung der organschaftlichen Kompetenz und damit die Berechtigung und (oder Verpflichtung) zur Wahrnehmung der Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Eigenzuständigkeit.

Dieser S t u f e n b a u der organisationsrechtlichen Zuständigkeiten erweist sich als notwendig, um den rechtlichen Fortbestand der Organkompetenz von der Person des jeweiligen Organwalters unabhängig zu machen[2]. Wenn der Organwalter u n m i t t e l b a r die Eigenzuständigkeit wahrzunehmen hätte, würde mit seinem Ausscheiden das Subjekt der Wahrnehmungskompetenz und damit diese selbst entfallen. Ein Wechsel des jeweiligen Organwalters hat jedoch wegen des institutionellen Charakters eines Organs auf die Existenz der or-

---

1) Nicht also, wenn sie eigene Angelegenheiten wahrnehmen, z.B. ein Beamter oder Angestellter kauft sich ein Klavier.

2) Vgl. WOLFF, Staatsperson S. 192. - Der in diesem Zusammenhang von KÖTTING, Diss. S. 37 Anm. 3, zitierte NELSON, System S. 174, behandelt diese Frage weniger unter dem Aspekt der Fortdauer der Organkompetenz als vielmehr wegen der Gefährdung des Gemeinschaftszwecks durch das Belieben der in der Gesellschaft vereinigten Einzelnen.

ganschaftlichen Wahrnehmungskompetenz keinerlei Auswirkung[1].

Die Rechtshandlungen des Organwalters werden primär dem Organ, endgültig dem Organträger zugerechnet. Das Organ vermittelt demnach die Zurechnung, ist transitorischer Zurechnungspunkt[2]. Wenn ein Organwalter eine organschaftliche Kompetenz wahrnimmt, so wirkt sich das rechtlich wegen der Zurechnung der gesetzten Tatbestandshandlung durch das Organ zur organisatorischen Einheit auf die organschaftliche Wahrnehmungszuständigkeit und die Eigenzuständigkeit rechtlich aus. Die in beiden Zuständigkeiten begriffenen Berechtigungen und Verpflichtungen finden durch die Rechtshandlungen des Organwalters ihre rechtliche Verwirklichung, ihre Erfüllung. Auch trotz dieser Rechtswirkungen ist es unrichtig, von einer direkten Wahrnehmung der Eigenzuständigkeiten des Organträgers durch den Organwalter zu sprechen, da sich die Zurechnung der Rechtshandlungen ebenfalls in Stufen vollzieht.

---

1) Über die Notwendigkeit der Erhaltung der Zuständigkeitsordnung über die Lebensdauer einer einzelnen Person hinaus vgl. MELICHAR, Zuständigkeitsordnung S. 214. - KORMANN, Ann.d.DtR. 1911 S. 865: Organe "sind Einrichtungen, nicht identisch mit den Personen, durch die sie gebildet werden, vielmehr losgelöst von diesen, daher sich selbst gleichbleibend trotz des Wechsels der sie bildenden Personen, objektiviert."

2) Man spricht von dem Organ als dem Durchgangssubjekt der Zurechnung. Nur in seltenen Fällen sind die Organe Zurechnungsendsubjekte, z.B. für Tatbestände, die Organe gegeneinander setzen. Vgl. WOLFF, Vertretung S. 285.

Mit der Berechtigung und Verpflichtung des Organwalters zur Wahrnehmung der Organkompetenz sind nicht zu verwechseln seine Rechte und Pflichten, die dadurch entstehen, daß die rechtstechnisch den juristischen Personen zugewiesenen Berechtigungen und Verpflichtungen auf Grund der rechtselementaren Untauglichkeit dieses Adressaten durch die Organisation in "nunmehr echte Rechte und Pflichten der Organwalter umgesetzt" werden[1]. So schreibt Hans J. WOLFF[2]: "Die rechtselementare Berechtigung dagegen verläuft gerade umgekehrt (sc. der normativen subjektiven Zurechnung) von der Organisation über das Organ zu den Organwaltern: Sie sind es, die durch Vermittlung der Organisation die gewährenden und bindenden Befehle der Rechtsordnung treffen und die verantwortlich sind."

Wichtig ist hier also der Unterschied zwischen rechtselementarer und rechtstechnischer Subjektivität. Bei der Konstruktion und Organisation der juristischen Person treten sowohl rechtselementare (Organwalter) wie auch rechtstechnische Zurechnungssubjekte (die juristische Person und deren Organe) auf. Die Wahrnehmungszuständigkeit des Or-

---

1) WOLFF, Vertretung S. 261. - BURCKHARDT, Organisation S. 329: "Denn in Wirklichkeit will sich das Gesetz nicht an andere als an physische Personen wenden, auch wenn es eine "Gesamtheit", eine Körperschaft als verpflichtet erklärt." - Unter Zugrundelegung anderer als der hier verwendeten Begriffe erklärt er: "An das gesetzliche Gebot sollen sich die Mitglieder der Körperschaft halten, welche dessen organmäßige Tätigkeit beherrschen und leiten."

2) WOLFF, Vertretung S. 261.

ganwalters ist bedeutungsvoll im Hinblick auf die nur rechtstechnische Subjektivität des Organs und Organträgers. Sie ist aber auch erforderlich für die Wahrnehmung der den Titulären zugewiesenen Kompetenzen.

So ergibt sich die Wahrnehmungszuständigkeit des Organwalters als notwendiges Resultat der rechtstechnischen Konstruktion der sozialen Einheitswesen[1]. Das unabhängige Nebeneinander von rechtselementaren und rechtstechnischen Elementen führt zu einer doppelten Subjektstellung des Organwalters[2]. Rechtselementar ist er - wie zuvor erwähnt- Rechts- und Pflichtsubjekt in bezug auf die der juristischen Person rechtstechnisch zustehenden Kompetenzen. Im Wege der Organisation wird ihm zum Zweck der Wahrnehmung der Kompetenzen des Organträgers - völlig unabhängig von der rechtselementaren Subjektivität - eine Wahrnehmungszuständigkeit eingeräumt.

Man kann also nicht die Wahrnehmungszuständigkeit des Organwalters verneinen mit dem Hinweis

---

1) Diese Wahrnehmungszuständigkeit des Organwalters ist wie die Organzuständigkeit das unmittelbare oder mittelbare Ergebnis eines organisatorischen Rechtssatzes. Sie unterscheidet sich darin von der gewöhnlichen Wahrnehmungszuständigkeit. - Das stellt heraus auch KLÜBER, Verw Arch. Band 40 S. 113 ff. (S. 120): "Die Organstellung des Beamten im Gegensatz zu dem auf privatrechtlichem Dienstvertrag beruhenden Arbeitnehmerverhältnis." Vgl. auch HEYLAND, Berufsbeamtentum S. 44.

2) In Wirklichkeit ist der Organwalter vielfältiges Rechtssubjekt. Er ist insbesondere Rechts- und Pflichtsubjekt, unabhängig von seiner Stellung als Organwalter. Hier interessiert jedoch seine oben angegebene Subjektivität. - Über den Organwalter als Rechtsperson vgl. WOLFF, Vertretung S. 230 f.

auf seine rechtselementare Inhaberschaft der vermittels des Organs durch ihn wahrzunehmenden Kompetenzen. Beide Zuständigkeiten sind streng voneinander zu trennen. Man kann sie nicht zueinander in Beziehung setzen, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt des Mehr oder Weniger an Zuständigkeit betrachten. Sie stehen jeweils auf völlig anderer Ebene. Die systematischen Ausgangspunkte weichen voneinander ab[1].

Im Ergebnis laßt sich demnach über die Rechtsstellung und Funktion des Organwalters folgendes feststellen: Die Organe bedürfen als transitive, apersonale Zurechnungssubjekte natürlicher Personen zur Wahrnehmung ihrer Kompetenzen. Menschen, die diese organschaftlichen Kompetenzen zuständig wahrnehmen, sind die sogenannten Organwalter. Wenn auch die Rechtshandlungen der Organwalter durch deren Zurechnung zum Organträger Rechtswirkungen für dessen Eigenkompetenzen hervorrufen, so beinhaltet dennoch die Zustandigkeit des Organwalters lediglich die Berechtigung und (oder) Verpflichtung zur Wahrnehmung der (Wahrnehmungs-) Zustandig-

---

1) Man könnte nun eingehend die gesamten Berechtigungen und Verpflichtungen des Organwalters daraufhin untersuchen, ob sie ihn nicht zu der Eigenzustandigkeit des Organtragers in unmittelbare Rechtsbeziehung setzen, so z.B. die Kompetenzen aus dem sogenannten Anstellungsverhältnis oder das Recht auf das Amt, usw.. Das aber würde zu weit führen, zumal es bei allen Rechtsverhaltnissen offensichtlich nicht um die Eigenzustandigkeit des Organtragers geht.

keit des Organs[1]. Die Richtigkeit dieses zweistufigen Systems findet ihren sinnfalligen Ausdruck in der apersonalen, institutionellen Zusammenfassung der Wahrnehmungszustandigkeit in der Rechtsfigur des Organs.

Die beliehene (natürliche) Privatperson unterscheidet sich vom Organwalter des Staates somit sowohl in der Qualität der ihm eingeräumten Zuständigkeit wie auch in der Art der (Staats-) Vertretung. Sie sind beide Subjekte von Wahrnehmungszustandigkeiten, jedoch wird das Privatrechtssubjekt[2] unmittelbar zur Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Staatskompetenzen berechtigt und (oder) verpflichtet, wahrend der Organwalter nur die Zustandigkeit zur Wahrnehmung der (organschaftlichen) Zuständigkeit zur Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Staatskompetenz erlangt.

Die Differenz in der Vertretungsmodalität besteht darin, daß der Organwalter des Staates in Zurechnungsvertretung für den Staat fungiert. [illegible]

---

1) Ohne diesen Stufenbau verschiedener (organschaftlicher) Wahrnehmungszuständigkeiten ließe sich die - insbesondere von SCHLOSSMANN, JheringsJ Band 44 S. 289 ff., vertretene - Stellvertretung des Staates durch seine Beamten viel schwerer widerlegen. Würde namlich der Organwalter Rechtssubjekt der Organkompetenzen sein, so wären in der Tat die für die Stellvertretung erforderlichen zwei Personen vorhanden und das innerhalb eines Rechtsverhaltnisses, das den gesetzlichen Anforderungen der Stellvertretung genügt.

2) Das trifft - wie eingangs dieser Erörterung über Organwalter und Beliehene ausgeführt - generell nur für natürliche Personen zu. Bei Verbandspersonen braucht es nicht lediglich eine Wahrnehmungszustandigkeit zu sein. Es kann dann auch öffentlich-rechtliche Eigenzustandigkeit sein.

dem Beliehenen findet demgegenüber weder Zurechnung der Tatbestandshandlung noch Zuordnung der Rechtsfolge zum Staat statt.

§ 14: Beliehener als Subjekt öffentlicher Verwaltung.

Der Rechtsbegriff der "öffentlichen Verwaltung" ist in der Wissenschaft lebhaft umstritten[1]. Entsprechend dem Ausmaß der Streitbefangenheit macht es Schwierigkeiten, die Voraussetzungen zu ermitteln, unter denen die Tätigkeit von Privatpersonen oder privaten Unternehmungen den Rechtscharakter öffentlicher Verwaltung gewinnt.

Hans J. WOLFF[2] definiert die öffentliche Verwaltung als die "mannigfaltige, zweckbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt durchführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Organe des Gemeinwesens."[3] Zufolge dieser Begriffsbestimmung ist die öffentliche Verwaltung eine Synthese von materiellen und organisatori-

---

1) Einen weitgehenden Einblick in die Vielfalt diesbezüglicher Theorien gibt KÖTTING, Diss. S. 34.
2) WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II c.
3) Dieser Definition entspricht in groben Zügen die Begriffsbestimmung von KÖTTING, Diss. S. 74: "Öffentliche Verwaltung ist anhaltende Geschäftsbesorgung durch alle Subjekte, die als Institutionen durch Staatsakt bestimmt sind und die eine Kompetenz innehaben, die für eine über individuelle Beziehungen hinausreichende Personenvielheit wahrgenommen werden soll."

s c h e n Elementen[1]. Es handelt sich demnach nicht schon dann um öffentliche Verwaltung, wenn eine Tätigkeit öffentliche Angelegenheiten[2] zum Gegenstand hat. Zusätzlich ist erforderlich, daß die öffentlichen Angelegenheiten durch Gemeinwesen - vermittels ihrer Organe[3] - wahrgenommen werden.

Da diese auch als "öffentliche Subjekte" bezeichnet werden, definiert man die öffentliche Verwaltung als die verwaltende Tätigkeit öffentlicher Subjekte, sofern sie die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten betrifft[4].

Für die Rechtserscheinung der öffentlichen

---

1) In diesem Sinne haben viele Autoren den Begriff der öffentlichen Verwaltung gefaßt: MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 1. Bd. S.13; FLEINER, Institutionen S. 7; NEBINGER, Verwaltungsrecht S. 1; MAUNZ, Verwaltungsrecht S. 11; LOENING, Verwaltungsrecht S. 2; v. KÖHLER, Deutsches Verwaltungsrecht S. 7; HOLLING, Verwaltungsrecht 1. Bd. S. 4; KOELLREUTTER, Grundfragen des Verwaltungsrechts S. 18; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1 S. 109.

2) Über den Begriff der öffentlichen Angelegenheit vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 2 II b 1; FORSTHOFF, Die öffentliche Körperschaft S. 13 und oben S. 34 ff.

3) Der Organbegriff ist hier technisch verstanden und bedeutet soviel wie Funktionseinheit.

4) Z.B. KÖTTING, Diss. S. 73. - FORSTHOFF, Lehrbuch S. 69, beschränkt sich auf das materielle Element der öffentlichen Verwaltung und kommt damit zu unrichtigen Ergebnissen, denen zufolge z.B. die Tätigkeit von privatrechtlichen Unternehmen mit kommunaler Kapitalbeteiligung öffentliche Verwaltung sein kann.

Verwaltung ist also das öffentliche Subjekt[1] von zentraler Bedeutung.

Verwaltende Tätigkeit eines Privatrechtssubjektes kann nur dann als öffentliche Verwaltung angesehen werden, wenn das Privatrechtssubjekt in dieser seiner (Verwaltungs-) Funktion die Stellung eines öffentlichen Subjektes einnimmt.

Öffentliche Subjekte sind entweder originär-öffentlich oder leiten ihre Öffentlichkeit (von originär-öffentlichen Subjekten) ab[2].

Als o r i g i n ä r öffentliche Subjekte werden alle Gemeinwesen angesehen. In ihnen ist eine über individuelle Beziehungen hinausreichende Personenvielheit einheitlich zusammengefaßt, wobei durch die den Mitgliedern gemeinsamen Interessen ein eigener Aufgaben- und Geschäftskreis entsteht. Gegenständlich setzt sich dieser Komplex zusammen aus den (öffentlichen) Angelegenheiten des Gemeinwesens und seiner Mitglieder. Mit der normativen Erfassung der öffentlichen Angelegenheiten wird für das Gemeinwesen ein eigener Kompetenzbereich begründet.

---

1) Die Bezeichnung "öffentliche Subjekte" ist nicht treffend gewählt. Das mit dem Wort "öffentlich" zum Ausdruck gebrachte überindividuelle, mehrheitliche Moment laßt sich mit der einheitlichen Struktur des Subjektes begrifflich schlecht - zumindest nur mißverständlich - kombinieren. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 II, spricht von den "Subjekten öffentlicher Verwaltung". Schließt man sich dem an, so bewegt man sich mit der Definition der öffentlichen Verwaltung im Zirkelschluß. Öffentliche Verwaltung ist dann die Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten durch Subjekte der öffentlichen Verwaltung. Sofern aber von Subjekten der öffentlichen Verwaltung die Rede ist, muß zuvor geklart sein, was unter öffentlicher Verwaltung zu verstehen ist. - Demnach ist es angebrachter, von der Rechtsfigur des "öffentlichen Subjekts" auszugehen.

2) Vgl. KÖTTING, Diss. S. 36 f.

Die Wahrnehmung dieser Kompetenzen obliegt den Subjekten diesbezüglicher (Wahrnehmungs-) Zuständigkeiten. Subjekte, die durch organisatorischen Rechtssatz oder auf der Grundlage eines solchen Rechtssatzes berechtigt und (oder) verpflichtet sind, die Kompetenzen originär öffentlicher Subjekte wahrzunehmen, bezeichnet man als abgeleitet öffentliche Subjekte.[1)2)]

Demnach handelt es sich um öffentliche Verwaltung, wenn Subjekte öffentlicher Angelegenheiten oder deren wahrnehmungszuständige Funktionseinheiten eine verwaltende Tätigkeit entfalten. Dabei gewinnen die abgeleitet öffentlichen Subjekte für den Begriff der öffentlichen Verwaltung maßgebliche Bedeutung, da die originär öffentlichen Subjekte als Gemeinwesen und juristische Personen selbst

---

1) Dieses Kennzeichen der Verpflichtung gegenüber dem Gemeinwesen zur Wahrnehmung deren Angelegenheiten stellen ROSIN und im Anschluß an ihn MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 2. Bd S. 331, in den Vordergrund. ROSIN, Genossenschaft S. 18; schreibt: "Öffentliche Genossenschaft ist diejenige Genossenschaft, welche kraft öffentlichen Rechts dem Staat zur Erfüllung ihres Zwekkes verpflichtet ist." - Diese am Beispiel der Genossenschaft angewandte Theorie von der Pflichtsubjektivität der abgeleitet öffentlichen Subjekte wird von zahlreichen Autoren vertreten. Einen umfassenden Überblick gibt KÖTTING, Diss. S. 38 Anm. 1; vgl. auch WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 II b ... "soweit sie zur Verwaltung berufen sind".

2) Darin erschöpft sich jedoch die Reihe der öffentlichen Subjekte nicht. Dazu zählen weiterhin die Subjekte, die mit dem Staat in Mandats- oder Delegationszusammenhang stehen. Die juristisch personifizierten öffentlichen Subjekte werden auch als "Träger öffentlicher Verwaltung" bezeichnet.

nicht (verwaltungs-) tatig werden können.

Der Beliehene ist möglicherweise als Verbandsperson selbst Subjekt öffentlicher Angelegenheiten oder aber - und das ist die Regel - als Individualperson kompetent zur Wahrnehmung fremder öffentlicher Angelegenheiten. In Ausübung dieser (Eigen- oder Wahrnehmungs-) Kompetenzen handelt der Beliehene[1] folglich als öffentliches Subjekt.

Daraus ergibt sich wiederum, daß der Beliehene innerhalb seiner Verwaltungsfunktionen öffentliche Verwaltung im eigenen Namen betreibt.[2] In der Begriffsbestimmung des Beliehenen kann diese Funktionsqualitat jedoch aus zwei Gründen nicht in Erscheinung treten.

Wenn der Beliehene begriffsnotwendig in öffentlich-rechtlichen Kompetenzen tatig wird, ist zur

---

1) Sofern er natürliche Person ist, handelt er selbst. Ist der Beliehene Verbandsperson, so handeln seine Organe - Organwalter für ihn. Dadurch verliert er selbst aber nicht die Stellung eines öffentlichen Subjekts.

2) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 4 II b. - Die Konstruktion von HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 66, derzufolge der Beliehene nicht Organ der Staatsverwaltung sei, sondern selbstandiger Verwaltungstrager, bestätigt die hier vertretene Auffassung. Eine typische Darstellung in diesem Sinne gibt z.B. W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 526: "Unter dem beliehenen öffentlichen Unternehmer versteht man eine Person, juristische oder natürliche, die kraft staatlicher Übertragung öffentliche Verwaltung im eigenen Namen führt, ohne daß diese Verwaltungstätigkeit zu ihren notwendigen Zwecken gehört." - Weitere Literaturhinweise hinsichtlich dieser Definitionsversuche, die von der Art der wahrgenommenen Funktionen ausgehen, oben S. 68 ff.

Charakterisierung seiner Funktion das Merkmal der öffentlichen Verwaltung zu weit, da auch die Wahrnehmung p r i v a t r e c h t l i c h e r Kompetenzen eines Gemeinwesens öffentliche Verwaltung darstellt[1]. So ist zwar jede Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen eines Gemeinwesens in gleicher Weise öffentliche Verwaltung, nicht aber bedeutet umgekehrt jede öffentliche Verwaltung die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen.

Außerdem könnte, sofern in der Begriffsbestimmung des Beliehenen generell von einer öffentlichen Verwaltungstätigkeit die Rede wäre, allzu leicht der Eindruck entstehen, daß die funktionale Einschaltung von Privatrechtssubjekten auf (öffentlich-rechtliche) Verwaltungskompetenzen des Staates beschränkt ist. Dieses Vorstellungsbild würde der Wirklichkeit nicht entsprechen, da die Beleihung zwar in der Hauptsache darauf abzielt, Privatrechtssubjekte für Verwaltungskompetenzen des Staates heranzuziehen, die Konstruktion und das System dieser Rechtsfigur aber die Einschaltung von Privatrechtssubjekten auch für andere Staatsfunktionen zulassen[2].

---

1) So handelt es sich z.B. auch bei der Bedarfsverwaltung, d.h. der "Bereitstellung der für die Erfüllung der öffentlichen Zwecke erforderlichen persönlichen und sachlichen Mittel" - WOLFF, Verwaltungsrecht I § 3 II b - demnach in der Hauptsache privatrechtliche Kompetenzen, um öffentliche Verwaltung.

2) vgl. oben S. 105 ff.

§ 15: Beleihung und Regalien.

In einer systematischen Darstellung der Zuständigkeit von Privatrechtssubjekten zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Staatskompetenzen ist eine Rechtserscheinung zu erwähnen, die mit diesem Problemkreis im engen Zusammenhang steht: das Recht zur Ausübung (staatlicher) Regale.

Im neueren Schrifttum wird dieses Ausübungsrecht nicht selten unter dem Institut der Beleihung erfaßt und dargestellt[1]. Diese Einordnung ist aus mehrfachen Gründen bedenklich.

Nach der zuvor entwickelten Definition der Beleihung würde die "Privilegierung" - als die Berechtigung zur Ausübung eines (staatlichen) Regals[2] - nur dann als ein Fall der Beleihung anzusehen sein, wenn das Regal eine öffentlich-recht-

---

1) Über die rechtlichen Zusammenhänge von Beleihung und Regalien vgl. LIST, Verwaltungsrecht technischer Betriebe S. 68; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 488 ff. und 550 ff.; BRAND, Diss. S. 13 ff. - Die zivil-sachenrechtliche Problematik der Regalien ist dagegen im aktuellen Schrifttum in den Hintergrund getreten.

2) "Privilegium" bedeutet zunächst nichts anderes als eine Bevorrechtigung, die dem Begünstigten eine besondere Stellung vermittelt. Das Wort wird jedoch vornehmlich in jener speziellen Bedeutung verwendet. Vgl. CANTNER, Diss. S. 40, und VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 72 mit Literaturhinweisen in Anm. 71. - HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Bd, S. 548, definiert das Privilegium auch als Recht zur Ausübung eines staatlichen Regals, wenngleich seine Begriffsbestimmung nur verständlich wird, wenn man von seiner Definition der Regalien ausgeht, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 480.

liche Kompetenz des Staates darstellt[1]. Um diesen Rechtscharakter nachzuweisen, bedarf es einer Analyse der Konstruktion des Regals. Die Ergebnisse im bisherigen Schrifttum beruhen teilweise auf überalteten zeitgeistig-staatspolitischen Vorstellungen.

Die heute gebräuchliche Begriffsbestimmung der Regalien hat sich vom ursprünglichen Sinngehalt weitgehend entfernt[2], wie denn überhaupt die moderne Verwaltungs- und Staatsrechtslehre das aus dem deutschen Staatswesen des Mittelalters überkommene Institut der Regalien systematisch erfassen und den Rechtserkenntnissen der Zeit entsprechend einordnen mußte und dabei den durch die Entwicklung veränderten Umständen Rechnung zu tragen hatte[3].

Die Einrichtung der Regalien hat in der Vergangenheit eine weitaus bedeutendere Rolle gespielt als heute[4] und vermittelt gerade aus den Zeiten ihrer Blüte und vielfältigen praktischen Übung ein

---

1) Die andere Möglichkeit der Beleihung mit einer öffentlich-rechtlichen Eigenkompetenz an Verbandspersonen bleibt hier außer Betracht, da Privatrechtssubjekte für (staatliche) Regale lediglich ein Ausübungsrecht, nicht also eine Eigenkompetenz erhalten.

2) Vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 480. - Einen detaillierten Überblick historischer Regalerscheinungen gibt STOLZ, Regalien S. 152 ff.

3) Diesen Gedanken bringt - allerdings in anderem Sinnzusammenhang - THIEME, Regalien S. 64, zum Ausdruck, wenn er die für den (früheren) Rechtscharakter der Regalien maßgebliche "Grundfrage des mittelalterlichen Königtums" aufwirft. Für dieses Problem sei die Erörterung des (damaligen) Staatswesens und der Staatsfunktionen von Bedeutung.

4) Diese größere Bedeutung erklärt sich aus der verfassungsgeschichtlichen Situation der damaligen Zeit. Es würde zu weit führen, diese Fragen im einzelnen zu erörtern.

politisch-gesellschaftlich aufschlußreiches Bild[1]. Schon eine oberflächliche Betrachtung läßt erkennen, wie sehr der Staat oder zuvor die Landesherren vermöge ihrer Regalrechte eine wirtschaftliche Machtposition bezogen[2]. Dieses Wirtschaftspotential gab ihnen die Möglichkeit zu ziemlich umfassenden volkswirtschaftlichen Direktiven und Kontrollen. So waren die staatlichen Regalien eine hochgeschätzte Quelle der Herrschaft und Macht im Staate[3], und es ist verständlich, daß während des Mittelalters bis in die Neuzeit häufig um die Innehabung und Verteilung der Regalien gestritten wurde. Nicht selten erhandelte man politische Kompromisse gegen den Verzicht oder die Einräumung der Rechte zur Ausübung von Regalien.

Die Ausübung der Regalien durch Privatpersonen ist rechtsgeschichtlich schon sehr früh zu beobachten. Mangels eines organisierten Staatsapparates waren die Landesherren geradezu darauf angewiesen,

---

1) Vgl. MITTEIS, Lehenrecht S. 424 ff.; v.BELOW, Staat des Mittelalters S. 148 ff.
2) Vgl. THIEME, Regalien S. 63 f.: ..."vorzugsweise als Finanzquelle für König und territoriale Herren angesehen ... wurde die rücksichtslose Ausbeutung, Vermehrung und Erweiterung der Regalien zu einem wirksamen Mittel der Territorialherren, ihre gewachsenen Staatsausgaben zu decken." - Vgl. STOLZ, Regalien S. 157. - Im Gegensatz dazu hat GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 397 f., darauf verwiesen, daß "der Ausbau alter und die Erfindung neuer Regalien auch der Durchsetzung von Anforderungen des Gemeinwohls" förderlich war.
3) THIEME, Regalien S. 68, weist auf eine andere, nämlich staatspolitische Bedeutung der Regalien im Staat des Mittelalters hin, wo sie als Mittel zur Begründung von Pflichtrechten funktionierten, nämlich als Ersatz für eine fürsorgliche Gesetzgebungstätigkeit zum Zwecke der Bewältigung von gemeinschaftswichtigen Aufgaben.

die Nutzung und Verwertung ihrer regalisierten Rechte durch Privatpersonen zu bewirken[1)2)]. Dieser Zustand hat sich mit fortschreitender Einrichtung von staatlichen Institutionen und Organen in der Weise geändert, daß die Verwaltung einzelner - in der Regel ganz bestimmter - Regalien fortan staatlichen Stellen oblag[3)]. Zudem erfolgte in dieser Zeit der strafferen Systematisierung und Strukturierung der Organisation des Staates und seiner Rechte eine begriffliche Klärung, Erfassung und Sonderung der Regalien. Den regalia majestatis seu regiminis wurden die regalia minora seu accidentalia gegenübergestellt[4)].

---

1) Das war vornehmlich bei den grundrechtlichen Regalien der Fall, die auf Grund der räumlichen Entfernung nicht von der (eigenen) Organisation des Königs genutzt werden konnten. In dieser Sicht handelte es sich um ein Erfordernis technisch-organisatorischer Arbeitsteilung.
2) Der Staat ist zwar auch heute - und wird es bei der von der Rechtsordnung gewählten Konstruktion der juristischen Person Staat auch zukünftig sein - auf die Wahrnehmung staatlicher Rechte durch natürliche Personen angewiesen. Der Unterschied zur rechtsgeschichtlichen Vergangenheit liegt (nur) in der systematisierten, organisationsrechtlichen Bindung der (wahrnehmenden) Privatpersonen an den Staat.
3) Den vorhergehenden Zustand würde man nach heutiger Terminologie, so schreibt THIEME, Regalien S. 66, treffend als "Dezentralisation der Verwaltung" kennzeichnen.
4) Nach der Begriffsdefinition von v.BELOW, Staat im Mittelalter S. 149, galt "regalia" als Synonymon von iura temporalia oder secularia und als Gegensatz zu den iura spiritualia. Er geht dabei aber wohl von den weltlichen Berechtigungen der Kirche aus. - Vgl. auch STOLZ, Regalien, S. 152. - POTSCHTER, Diss. S. 6: Regalia majora, in quibus potissimum suprema potestas reculet und regalia minora, quae potius ad fiscalius et proventus, quam ad ipsam supremam potestatem spectant.

Will man diese Differenzierung gedanklich nachvollziehen, so empfiehlt es sich, zuvor über die beiden Begriffsgruppen gemeinsame Materie Klarheit zu gewinnen.

Die regalia oder iura regia oder iura regalia sind nach der wörtlichen Übersetzung königliche Rechte, bzw. Rechte des Königs[1]. Dieses Institut findet seine erste offizielle Verwendung im Wormser Konkordat (1122) als technischer Ausdruck für die vom König den geistlichen Fürsten verliehenen Rechte. In der auf dem Ronkalischen Reichstag (1158) erlassenen Constitutio de regalibus werden mit dem Wort "regalia" alle dem König Friedrich I. in Oberitalien gebührenden Rechte bezeichnet[2][3]. Entsprechend der Vielzahl der Regalien - vorüber-

---

1) Demgegenüber betont STOLZ, Regalien S. 152, daß es sich bei den Regalien ursprünglich um die den Bischöfen vom Kaiser verliehenen Rechte gehandelt habe, so daß man nicht eindeutig von Rechten des Königs sprechen könne; v.BELOW, Staat im Mittelalter S. 149, betont ebenso die ursprüngliche Sinnbedeutung des Wortes, derzufolge darunter die weltlichen Rechte der Kirche, einschließlich des Grundbesitzes, wenigstens soweit sie vom Reiche stammen, verstanden werden. - In diesem Sinne auch MITTEIS, Lehenrecht S. 424. - Vgl. die Darstellung von CANTNER, Diss. S. 19.

2) Die ronkalischen Konstitutionen (Const.II,56; Liber feudorum) enthalten eine Aufzählung. - Sie wird weitgehend wiedergegeben bei O.v.GIERKE, Deutsches Privatrecht Bd 2 S. 396 Anm. 3; v.BELOW, Staat im Mittelalter S. 148.

3) Zeitweilig wurden sowohl dem König zustehende, wie auch vom König verliehene Rechte als "regalia" erfasst. Später setzte es sich jedoch durch, diese Bezeichnung nur für die dem König als dem Träger der obersten Gewalt zukommenden Hoheitsrechte zu verwenden. Vgl. dazu HÜBNER, Grundzüge des dt. Privatrechts S. 287.

gehend wurden über 400 gezählt[1]- unterschied sich der sachliche Gehalt der Rechte. Wie sehr man auch im Rahmen der patrimonialstaatlichen Theorie bemüht war, alle Regalien als Einzelfälle einer komplexen, einheitlichen Rechtsposition des Königs zu systematisieren, es blieb grundsätzlich jene Zweiteilung in höhere und niedere Regalien.

Während bis dahin gegen die vermögensrechtliche Nutzung a l l e r Regalien[2] durch Verkauf, Verpfändung und Verleihung keinerlei Bedenken bestanden[3], machte man in dieser Beziehung fortan Unterschiede zwischen den Staatshoheitsrechten im eigentlichen Sinne und den rein vermögensrechtlichen Befugnissen des Königs[4]. Kongruent mit der Trennung von höheren und niederen Regalien wurden diese eingeteilt in wesentliche und zufällige, direkte und indirekte, allgemeine und besondere, innere und äußere, verleihbare und unverleihbare, eingeschränkte und uneingeschränkte, nicht nutzbringende und nutzbringende[5]. Alle diese Gegenüberstellungen waren Ausdruck für ein primär sachliches, sekundär terminologisches Anliegen. Es

---

1) Vgl. POTSCHTER, Diss. S. 6.
2) Zur "Kommerzialisierung von Hoheitsrechten" als planmäßige Politik des Mittelalters vgl. THIEME, Regalien S. 67. - Über die Veräußerung der Lehen vgl. MITTEIS, Lehenrecht S. 629 ff.
3) v.BELOW, Staat im Mittelalter S. 244 und 275 f., gibt einen dogmengeschichtlichen Einblick in die Übertragung (und deren Rechtsformen) der Hoheitsrechte.
4) In diesem Sinne erfaßt THIEME, Regalien S. 61 f. den maßgeblichen Unterschied zwischen höheren und niederen Regalien darin, ob der Inhaber der Staatsgewalt sie allein zu handhaben vermag, oder ob er sich ihrer ohne Einbuße an seiner Würde entäußern kann zugunsten seiner Lehnsträger und Untertanen.
5) Vgl. K.H. KLEIN, Übertragung S. 12 mit Lit. Hinw.

galt eben, die Verschiedenartigkeit der eigentlichen Staatshoheitsrechte und der gewissen zufälligen, nutzbaren und weiter übertragbaren "Finanzrechte" nachzuweisen und begrifflich erkennbar zu machen. Diesem Bestreben war mit der Trennung von regalia majora und regalia minora noch nicht Genüge getan. Um die Differenz zu verdeutlichen, wurden die regalia majora in (staatliche) Hoheitsrechte und die regalia minora in Regalien umbenannt[1]. Die Gruppe der bis dahin sog. "höheren Regalien" wurde nicht mehr als "Regalien" bezeichnet. Dieser Name diente weiterhin ausschließlich für niedere Rechte des Königs[2].

Diese Veränderung war zunächst in der Hauptsache ein begrifflich-terminologischer Erfolg. In der sachlichen Differenzierung fand man nur weniger präzise Ergebnisse. So stellt beispielsweise HÜBNER[3] fest, daß diese Unterscheidung eines scharfen Prinzips entbehre, gleichwohl aber herrschende Lehre geworden und z.B. in das preußische

---

1) Vgl. GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 396 ff.; CANTNER, Diss. S. 19.
2) Vgl. GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 398 f. - FLEINER, Institutionen (4. Aufl.) S. 317 Anm. 2, unterscheidet unter Beibehaltung des gemeinsamen Namens "Regalien" zwei Kategorien. Die jura regalia sind entweder "in dem allgemeinen Herrschaftsrecht des modernen Staates aufgegangen und ihre moderne Fortsetzung bildet die Kompetenz des Staates" oder ihnen ist "in modifizierter Gestalt das Leben gefristet worden". Als Beispiele der zweiten Kategorie führt er die Rechte des Staates auf bestimmte Nutzungen an.
3) HÜBNER, Grundzüge des dt. Privatrechts S. 288; POTSCHTER, Diss. S. 7.

Landrecht übergegangen sei[1]. Auch GIERKE[2] bestätigt die Unsicherheit und Unvollkommenheit dieser Unterscheidung.

Die formalen und inhaltlichen Eigenschaften des Regals sind maßgeblich dafür, ob es als öffentlich-rechtliche oder als privatrechtliche Kompetenz einzuordnen ist.

Regale sind gekennzeichnet durch die A u s s c h l i e ß l i c h k e i t staatlicher Zuständigkeit.

Die Ausschließlichkeit der Zuordnung von Rechten auf Subjekte hoheitlicher Gewalt kann Ausdruck einer besonderen Qualität der Rechte sein[3]. Ein Recht wird durch die Sonderstellung seines Subjektes zum Sonderrecht. Weil aber das Subjekt hoheitlicher Gewalt einen Doppelstatus besitzt, nämlich sich neben seiner hoheitlichen auch in einer privatrechtlichen (= "gewöhnlichen") Stellung befinden kann, wird das Merkmal der "Ausschließlichkeit" fragwürdig. Es eröffnen sich zwei Möglichkeiten: entweder betrifft die Ausschließlichkeit die Rechtszuständigkeit des Hoheitsträgers ohne Rücksicht auf seine Doppelstellung. In diesem Fal-

---

1) THIEME, Regalien S. 62, erklärt, daß die "Behandlung der Regalität in Verfassungsgeschichte und Privatrecht ... vielfach jene Befangenheit, in welcher sich die Lehre befand hinsichtlich des Verhältnisses von öffentlichem und privatem Recht im Mittelalter", gezeigt habe.
2) GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 398.
3) FLEINER, Institutionen (4. Aufl.) S. 317 Anm. 2, bezeichnet die Regalien als Quelle aller späteren staatlichen Ausschlußrechte.

le würde die Ausschließlichkeit den öffentlichrechtlichen Rechtscharakter der Regalkompetenz bedingen. In der Alternative ist trotz der Ausschließlichkeit der Zuständigkeit die materielle Feststellung zu treffen, ob es sich um eine Kompetenz des Staates handelt, die ihm als Hoheitssubjekt oder als Privatrechtssubjekt zugeordnet ist.

Die Richtigkeit dieser zweiten Betrachtungsweise ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtssatztheorie. Diese Lehrmeinung zur Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht[1] fordert für ein öffentliches Recht, daß es nicht jedermann, sondern notwendig einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zugeordnet sei[2].

Die notwendige, weil sachlich gebotene Zuordnung zu einem Subjekt hoheitlicher Gewalt ist vielseitig problematisch. Wann ein Rechtssubjekt diese (Sonder-) Stellung n o t w e n d i g einnimmt,

---

1) Vgl. oben S. 31 ff.
2) Siehe WOLFF, Verwaltungsrecht I § 22 II. - Auf diese "Notwendigkeit" der Zuordnung zu einem Subjekt hoheitlicher Gewalt verweisen - gerade in der Interpretation der Rechtssatztheorie von WOLFF - BACHOF in AöR 83 228 ff.; MENGER in Verwaltungsarchiv 1958 S. 276. - Auch BETTERMANN in DVBl 1958 S. 867 f. hat in seiner Kritik an der Theorie von WOLFF darauf verwiesen, daß man es nicht allein auf das formelle der Ausschließlichkeit abstellen dürfe (siehe oben S. 32 f). WOLFF hat in seiner Erwiderung in der 3. Aufl. seines Verwaltungsrechts I mit dem Hinweis auf die Sonderstellung der Subjekte hoheitlicher Gewalt gerade im Hinblick auf bestimmte Rechts- oder Pflichtinhalte zu verstehen gegeben, daß es ihm nicht allein auf das Formelle, sondern auch auf das Materielle ankommt.

läßt sich schwerlich allgemeingültig feststellen[1]. In der Regel ist eine Rechtszuordnung zu einem bestimmten Subjekt immer dann notwendig, wenn sie vom Gesetz gefordert wird.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man der Frage nach der notwendig hoheitlichen Rechtsstellung des Staates nachgehen[2]. Da sich nur aus den essentiellen Wesensmerkmalen des Gemeinwesens und seiner öffentlichen Angelegenheiten die Entstehung öffentlicher Gewalt und damit die Sonderstellung ihrer Träger erklären läßt, müßten die Betrachtungen und Überlegungen dort ihren Ausgang nehmen.

---

1) Auf die Notwendigkeit objektiver Kriterien unter Ablehnung aller subjektiven Anschauungen in dieser Problematik verweist KÖTTGEN in VVDStRL Heft 6 S. 122 f. und im Anschluß an ihn GERBER in VVDStRL Heft 6 S. 154. - KÖTTGEN hat damit wohl die von ihm in : Erwerbswirtschaftliche Betätigung S. 7 f. vertretene Meinung aufgegeben, nach der der subjektiven Beurteilung der Verschiedenheit des Rechtsinhalts maßgebliche Bedeutung zukommt.

2) Insbesondere würde es zu weit führen, wollte man - beispielsweise - mit der von LABAND, Staatsrecht Bd 3 S. 48 ff., anhand des Postregals vertretenen Theorie auseinandersetzen, derzufolge es für den Rechtscharakter einer (regalisierten) Kompetenz maßgeblich ist, ob die zur Wahrnehmung erforderliche Funktion ihrem Rechtsgehalt nach auch von einem Privaten erfüllt werden kann. - KELSEN in AöR 31 S. 243, hat dem zutreffend widersprochen, indem er das Funktionelle in diesem Zusammenhang für bedeutungslos erachtet. "Der Staat kann von vornherein keine Handlungen setzen, die ihrer inneren Natur nach auch nicht ein Privater setzen könnte." - Dem ist im besonderen Hinblick auf die Organwaltung durch natürliche Personen in vollem Umfang beizustimmen.

Für die Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der Ausschließlichkeit der Regale zugunsten des Staates sind materielle Gesichtspunkte in dem Maße heranzuziehen, wie sie bei der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht Berücksichtigung finden. Würde man nur nach formellen Merkmalen urteilen, so wäre jene - von BETTERMANN unbegründet gegen die Rechtssatztheorie angemerkte Feststellung[1] - berechtigt, daß es eine Vielzahl ausschließlicher Fiskusrechte gibt. Eine sachgerechte Charakterisierung eines Rechtes als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich läßt sich ohne Prüfung des (jeweiligen) Rechtsinhalts nicht erbringen. Nur wenn der Rechtsinhalt eine ausschließliche Subjektivität des Staates (oder eines anderen Hoheitssubjektes) gebietet, kann diese Ausschließlichkeit als Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtes angesehen werden.

Wenn nun bestimmte Rechte - wie beispielsweise die Regale - nach der bestehenden Rechtsordnung Privatrechtssubjekten nicht zugeordnet werden, sondern ausschließlich dem Staat, so bleibt, ehe man aus dieser Tatsache rechtliche Schlußfolgerungen im Hinblick auf den Rechtscharakter der Regale zieht, zu prüfen, ob diese Rechte wegen ihres Inhalts Privatrechtssubjekten schlechthin unzugänglich sind[2]. Das wäre jedoch nur dann anzunehmen, wenn

---

1) Siehe BETTERMANN in DVBl 58 S. 867; Anm. zum Urteil des BVerwG vom 7.11.57 in DVBl 58 S. 864 ff. - Vgl. im übrigen oben S.32 und 34.

2) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch wohl die Frage der Veräußerlichkeit der Regalien aufgekommen. Die Feststellung, daß ein Regal unveräußerlich sei, kann nur darauf beruhen, daß der Rechtsinhalt einer Aufgabe und Übertragung seitens des Hoheitsträgers zugunsten einer Privatperson entgegensteht. - In rechtshistorischer Betrachtung hat man die - entgegen den Grundsätzen der Unveräußerlichkeit - vorgenommenen Delegationen von Regalien als einen Verfallsprozeß zum Schaden der hoheitlichen Gewalt des Königs angesehen. - Vgl. dazu THIEME, Regalien S. 66 ff.

es sich insoweit um Rechte handelt, die auf Grund ihrer Bedeutung für die Öffentlichkeit notwendig dem Staat zustehen müssen.

Der ausdrückliche gesetzliche Vorbehalt der Regale zugunsten des Staates kann also - sofern er nicht materiell geboten ist - für die Sonderrechtsqualität nicht hinreichende Begründung sein. VOGEL[1] äußert sich dazu mit der Erklärung: "Wenn aber die Regalien Rechte sind, die ohne den ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalt auch jedem Privatmann zugänglich sein würden, so sind sie reine Privatrechte."

In der Privatrechtsliteratur herrscht die Auffassung von GIERKE, nach der die Regalien als öffentlich-rechtlich begründete, inhaltlich privatrechtliche Befugnisse aufzufassen sind.

Betrachtet man die Regalien allgemein unter dem Gesichtspunkt ihres (Rechts-) Inhalts, so steht im Vordergrund - wie bereits hervorgehoben - ihre Nutzbarkeit, Verwertbarkeit. Dabei kann diese wirtschaftliche Bedeutung mehr oder weniger gewichtig sein[2]. Die Nutzbarkeit als Kriterium von privaten oder öffentlichen Rechten anzusehen, erweist sich als bedenklich. Ebenso wie im Bereich des öffentlichen Rechts (z.B. Steuerrecht, Zoll-

---

1) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 71. Er behauptet mit umfangreichem Literaturhinweis, daß diese Ansicht - von HUBER abgesehen - in der Wissenschaft ganz einhellige Meinung sei.

2) Beispielsweise bei dem Berg- und Münzregal. Aus der Münzprägung zieht der Bund bekanntlich einen beachtlichen Gewinn, nämlich den Unterschied zwischen Metall- und Münzwert.

recht)[1] gibt es im Bereich des Privatrechts eine Vielzahl von nutzbaren Rechten (z.B. Eigentum, Pfandrecht). Überdies ist zweifelhaft, ob nicht alle Rechte einen Nutzwert besitzen, zumal sie als normativ erfaßte und geschützte Interessen für ihren Träger von Nutzen sind.

Nutzbarkeit eines Rechts stellt mindestens im besonderen Hinblick auf seine Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht keine maßgebliche Richtlinie dar[2].

Unter dem Aspekt der gegenständlichen Bezogenheit lassen sich grundherrschaftliche und gewerbliche Regalien unterscheiden[3].

Die "grundherrschaftlichen" Regalien gewähren dem Staat das ausschließliche Recht auf gewisse

---

1) GIERKE, Dt. Privatrecht Band II S. 398. In diesem Zusammenhang führt er beispielhaft an: das Besteuerungsrecht und die Zollgerechtigkeit - Für die historische Übersicht vgl. statt vieler BÖCKENFÖRDE, Gesetz S. 53 f. - THIEME, Regalien S. 62, betont diesen finanziellen Aspekt, indem er darauf hinweist, daß - zufolge einiger Ansichten - ein Teil dieser Rechte vom fränkischen König als Nachfolger des römischen Fiskus in Anspruch genommen wurde.

2) Rechte, die für den Staat Erwerbsquellen darstellen, finden sich in Theorie und Praxis sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Recht, z.B. Steuerrecht, Zollrecht auf der einen Seite, Vermögensbesitz mit fortdauernden Erträgen, z.B. staatliche Domänen, Brauereien, Produktionsstätten schlechthin auf der anderen Seite.

3) Vgl. GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 400. - Diese Unterscheidung wird auch von POTSCHTER, Diss. S. 8 getroffen.

- ursprünglich im Grundeigentum enthaltene - Nutzungen[1]. Regalien dieses Inhalts waren die früheren Salz-, Jagd-, Fischerei-, Bernstein-, Berg- und Wasserregale, letztere in Form der Flößerei-, Fähr-, und Mühlenregale[2]. Aktuelle Geltung und Bedeutung hat vornehmlich das Bergregal[3].

Unter "gewerblichen" Regalien sind zu verstehen die ausschließlichen Rechte des Staates zu bestimmter Erwerbstätigkeit. Als derartige Rechtserscheinungen sind anzusehen das Post- und Telegraphenregal[4], das Tabaksregal und Branntweinregal, sowie nach früherem Recht das Regal des Handelns mit Salz und Spielkarten. Ferner gehört zu den gewerblichen Regalien das Zündwarenmonopol.

---

1) Vgl. THIEME, Regalien S. 63 im Hinweis auf GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 396: "Aus dem ursprünglichen Inhalte des Grundeigentums sind vermögenswerte Bestandteile herausgehoben und unter die Regalien versetzt."
2) Vgl. auch die Aufzählungen bei HÜBNER, Grundzüge des deutschen Privatrechts S. 287 und POTSCHTER, Diss. S. 8.
3) Vgl. über den Umfang und die Entwicklung des Bergregals in den ehemals preußischen Ländern HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 488. - Die früheren standesherrlichen Bergregale sind nach dem Gesetz vom 19.10.1922 (GS 441) auf den Staat überführt worden . - Jüngeren Datums ist das Monopolrecht des Staates zur Gewinnung von Erdöl, Erdgas, Erdwachs, Asphalt und bitumenhaltiger Gesteine. Vgl. dazu auch HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 1 S. 489.
4) Es würde hier zu weit führen, im besonderen den Rechtscharakter des Postregals zu untersuchen. Entgegen der Ansicht von GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 401, dürfte es sich dabei - wenigstens teilweise - um eine öffentlich-rechtliche Zuständigkeit des Staates handeln. - Die privatrechtliche Qualität des Post- und Telegraphieregals betont insbesondere LABAND, Staatsrecht Bd 3 S. 48, 50. - Vgl. auch WAITZ, Regalien, der in seiner Schrift gerade dem Postregal besondere Aufmerksamkeit widmet.

Prüft man nun diese Regale im Hinblick darauf, ob sie wegen ihres spezifischen Inhalts Privatrechtssubjekten zugänglich oder unzugänglich sind, so wird man - insbesondere bei liberaler Staatsauffassung - zu der Einsicht kommen, daß sie weder aus staatspolitischen noch aus volkswirtschaftlichen Gründen notwendig alle dem Staat vorbehalten sein müssen.

Diese Auffassung ist von zahlreichen Autoren vertreten worden[1]. So hat beispielsweise O.v. GIERKE[2] zu den gewerblichen Regalien erklärt, daß sie "an sich geeignet wären, den Gegenstand eines privaten Gewerbebetriebes zu bilden." Ebenso spricht er den grundherrschaftlichen Regalien privatrechtlichen Charakter zu[3].

Ob diese Beurteilung schlechthin für alle aufgezählten Regale zutrifft, ist zu bezweifeln. Wir können jedoch dieses Problem auf sich beruhen lassen, geht es uns doch lediglich um die Feststellung daß nicht jedes regalisierte Recht des Staates eine öffentlich-rechtliche Kompetenz darstellt.

---

1) Z.B. GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 399; HÜBNER, Grundzüge des dt. Privatrechts S. 288 f; HEUSLER, Institutionen S. 368; POTSCHER, Diss. S. 8; vgl. die historische Betrachtung bei THIEME, Regalien S. 62.
2) GIERKE, Dt. Privatrecht Bd 2 S. 399.
3) Es muß allerdings darauf hingewiesen werden, daß GIERKE die Regalien schlechthin erfaßt als nutzbare Rechte privatrechtlichen Inhalts, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Staat zustehen. - THIEME, Regalien S. 58, erklärt zutreffend, daß GIERKE auf Grund seiner gesamten Staatskonzeption dem öffentlichen Recht im Mittelalter bestenfalls nur ein geringes Maß an Entwicklung zubilligen wollte.

Die Theorie vom (möglicherweise) privatrechtlichen Regal erfährt Widerspruch durch eine Lehrmeinung, derzufolge der Rechtscharakter maßgeblich durch den öffentlich-rechtlichen Begründungsakt bestimmt wird[1]. Die Entstehungs f o r m eines Rechtes kann für seine Qualität jedoch nicht ausschlaggebend sein[2]. Maßgeblich ist die (jeweilige) Rechtsstellung seines Subjekts im Hinblick auf (gerade) dieses Recht.

Im Ergebnis stellt sich demnach heraus, daß für die Charakterisierung eines regalisierten Rechtes als fiskalisches oder als Sonderrecht der Rechtsinhalt Berücksichtigung finden muß. Ist der Inhalt eines Rechts so geartet, daß es - nach dem Maß der damit verbundenen sozialen, insbesondere

---

1) Dieser öffentlich-rechtliche Begründungsakt findet z.B. bei der Einteilung von CANTNER, Diss. S. 19, maßgebliche Berücksichtigung. Er unterscheidet zwischen (niederen) Regalien, (reinen) Hoheitsrechten und fiskalischen Rechten des Staates. Regalien und fiskalische Rechte unterscheiden sich in der Art ihrer Entstehung.

2) Bei gegenteiliger Ansicht müßte man generell alle durch Staatsakt begründeten Befugnisse, Rechte und Rechtsverhältnisse als dem öffentlichen Recht zugehörig betrachten. Richtigerweise kann aber der Charakter eines Rechts, Rechtsverhältnisses nur nach materiellen Gesichtspunkten bestimmt werden, wobei zugestanden werden muß, daß die Mehrzahl der vom Staat begründeten Rechte öffentlich-rechtliche Kompetenzen bilden.

öffentlichen Bedeutung[1] - auch einem Privaten überlassen sein könnte, jedoch (lediglich) aus der historischen Entwicklung heraus - gleichsam als Relikt - dem Staat vorbehalten ist, so hat die Ausschließlichkeit der Zuordnung nicht die Sonderrechtsqualität zur Folge.

Unter diesem Gesichtspunkt kann es sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Regalien geben.

Hier bietet sich terminologisch ein klares Konzept an, das GIERKE - und im Anschluß an ihn auch andere Autoren - bereits gewonnen haben. Wenn man schon früher die Regalien von den hoheitlichen Rechten absondern wollte, so verfolgte man damit den Zweck, die ausschließlichen Rechte des Staates in solche einfacher und besonderer (nach gegenwärtiger Terminologie: privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher) Art aufzuteilen und begrifflich voneinander abzusetzen. Als Regalien bezeichnet man nur die einfachen, übertragbaren, unwesentlichen Rechte. Entsprechend sollte man heute unter

---

1) Es lassen sich - wie in allen bisherigen Abgrenzungstheorien (vgl. oben S. 27 ff) - eine Vielzahl von Maßstäben aufzählen. - Allein mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse dürfte ein ausreichendes Merkmal nicht gegeben sein. Zudem wäre bei dieser Ausrichtung einer staatspolitisch gesteuerten Interpretation des Begriffs des "öffentlichen Interesses" und der daraus resultierenden Charakterisierung von Rechtserscheinungen zu große Freiheit eingeräumt. - Auf der Suche nach den (letztlich) maßgeblichen materiellen Kriterien werden staatspolitische Erwägungen jedoch immer eine mehr oder weniger gewichtige Rolle spielen.

dem Begriff der Regalien die ausschließlichen P r i v a t r e c h t e des Staates verstehen[1].

Den begrifflichen Gegensatz zu den Regalien bilden - sofern man die hier vertretene terminologische Auffassung von dem privatrechtlichen Charakter der Regalien mitvollzieht - die öffent-

---

1) Von dieser Begriffsbestimmung setzt sich HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd 2 S. 480, in zwei wesentlichen Punkten ab. Nach ihm ist das Regal "eine im öffentlichen Recht begründete Befugnis eines verwaltungseigenen oder eines beliehenen Unternehmers, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich auszuüben". Destinatär dieses von HUBER sogenannten "gesetzlichen Monopols" kann also ausser dem Staat auch ein anderer Verwaltungsträger oder ein Privatrechtssubjekt sein. - Die dem König oder den Landesherren mit den Regalien zukommenden Rechte ermöglichten ihren Inhabern eine weitaus größere Vielfalt an Nutzungshandlungen als sie ihnen HUBER mit seiner "ausschließlichen wirtschaftlichen Tätigkeit" zubilligt. - Aus der Gesamtdarstellung von HUBER ergibt sich, daß er gerade jene besonders geeigneten Verwertungs(rechts-) formen wie z.B. Nutzungsverleihung und Verpachtung mit seiner Definition der regalisierten Tätigkeit ausklammert. Damit bleiben bedeutsame Eigenschaften der Regalien unberücksichtigt, unausgewertet, nämlich maßgebliche Bestandteile des Rechtsinhalts. - Gerade die rechtsgeschäftliche Verwertung steht wegen der damit verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten bei den Regalien - wie schlechthin bei der Mehrzahl der subjektiven Rechte - im Vordergrund. -
Wenn auch rechtshistorisch eine Vielzahl von Inhabern regalisierter Rechte festzustellen ist - vgl. dazu THIEME, Regalien S. 66 ff und STOLZ, Regalien S. 153 ff. - so ist doch die von HUBER geäusserte Ansicht, Träger der Regale seien ausser dem Staat andere Verwaltungsträger, öffentlich-rechtliche Körperschaften und private beliehene Unternehmer, mißverständlich. Es ist zu vermuten, daß HUBER dabei an zwei Trägerschaften verschiedener Bedeutung denkt.

lich-rechtlichen Kompetenzen des Staates[1]. Darunter sind die (Staats-) Rechte begriffen, deren (Zuständigkeits-) Träger er ist in seiner speziellen Stellung als Hoheitssubjekt[2]. Da der Staat seinem Wesen nach und als Folge dessen auch in Bezug auf seine Kompetenzen zumeist diese hoheitliche, übergeordnete (Sonder-) Stellung einnimmt, erscheint es gerechtfertigt, hinsichtlich der staatlichen Ausschlußrechte die Regalien negativ von den hoheitlichen Kompetenzen abzugrenzen. Demnach ist ein dem Staat vorbehaltenes Recht nur dann Regal, wenn es sich nicht um ein hoheitliches Recht handelt. In dieser Formulierung kommt zum Ausdruck, daß die privatrechtlichen Vorbehaltsrechte - gemessen an der Vielzahl staatlicher Hoheitskompetenzen - eine nebengeordnete Rolle spielen.

---

1) v.GERBER, Grundzüge S. 26 Anm. 1, hebt den Unterschied zwischen den öffentlich-rechtlichen Staatskompetenzen und den Hoheitsrechten dadurch hervor, daß er die Hoheitsrechte definiert als Tätigkeits f o r m e n der Staatsgewalt. Jede klassifizierende Verbindung mit den Regalien sei völlig überflüssig, da diese "weder etwas Gleichartiges noch etwas Gegensätzliches sind, indem sie gegenüber jenen Begriffen (scil.Hoheitsrechten) ausser allem logischen Zusammenhang stehen. - CANTNER, Diss. S. 40, formuliert dem Sinne nach richtig, terminologisch allerdings ungeschickt: "Die höheren Regalien sind in der Staatsgewalt aufgegangen". Er verwechselt - in dieser Ausdrucksweise - Rechtsinhalt und Rechtsform.

2) In einem funktionell zugeschnittenen Sinn äussert sich G. JELLINEK, Staatslehre S. 598, 605 f: "Von praktischer Bedeutung ist der Begriff der materiellen Hoheitsrechte heute nur noch insoweit, als er in konkreten Fällen die Richtung der Staatsgewalt auf ein bestimmtes Gebiet bezeichnen soll". -

Im Sinne (hoheitlicher =) öffentlich-rechtlicher Staatskompetenzen spricht man z.B. von Münz-, Noten-, Kredit-, Steuerhoheit[1)2)]. Diese Rechte betreffen öffentliche Angelegenheiten und die Ordnung des (staatlichen) Soziallebens innerhalb des Gemeinwesens. Sie gewähren dem Staat Befugnisse, die zu ihrer Durchsetzung und Verwirklichung hoheitliche Gewalt erfordern. In diesen Berechtigungen bezieht der Staat seine Sonderstellung, um sich notfalls gegen den Willen seiner Untergebenen einseitig befehlend und anordnend durchzusetzen. Diese Rechte verlangen notwendig als ihr Subjekt einen Hoheitsträger.

Schwierig wird die Einordnung staatlicher Rechte als Regalien oder öffentliche Rechte bei vielfältigem Rechtsinhalt. Beispielhaft lässt sich das am Münzregal demonstrieren. Hier sind zu unterscheiden das Recht zur Münzprägung und das Münzausgaberecht[3)]. Bei der Ausprägung von Scheidemünzen handelt es sich lediglich um die Herstellung der (Bundes-) Münzen aus dem vorgeschriebenen Münzmetall. Das Ausgaberecht betrifft die Emission von

---

1) In diesem Sinne ist von Finanzrechten die Rede. - POTSCHTER, Diss. S. 9 f, verweist - unter Bezugnahme auf GERBER - auf die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Charakterisierung der staatlichen Finanzrechte unter dem Gesichtspunkt der Verstaatlichung einzelner Gewerbezweige. Diese Ansicht erscheint bei ihm weniger rechtlich fundiert, als vielmehr zeitgeistig bedingt, politisch erwünscht.
2) Hier von einem Rechts<u>monopol</u> zu sprechen, ist nicht ganz unbedenklich, da der Begriff in seiner üblichen Verwendung nicht die besondere Qualität eines Rechtes und seines Inhalts betrifft, sondern vielmehr die Tatsächlichkeit einer ausschliesslichen Berechtigung.
3) Vgl. das Gesetz vom 8.7.1950 - BGBl S. 323.

Münzen und damit die Geldverwaltung, also die "konkrete Durchführung des durch die Geldverfassung konstituierten Geldsystems"[1].

Damit stehen sich zwei völlig verschiedene, sachbezogen selbständige Inhalte gegenüber, obwohl sie einheitlich in einem einzigen Regal, nämlich dem Münzregal, erfasst sind[2].

Das Recht, Geldstücke aus Metall auszuprägen, ist nicht notwendig ein Recht eines Hoheitsträgers, wohl aber die staatliche Berechtigung, diesem Metallstück einen amtlichen Wert beizumessen und es als (amtliches) Zahlungsmittel mit eben diesem Wert in den Verkehr zu bringen.

Diesen Gedanken hat LABAND[3] aufgegriffen und folgerichtig zwischen Münzmonopol und Münzhoheit unterschieden. Das Herstellungsmonopol der staatlichen Münzstätten beinhaltet eine privatwirtschaftliche industrielle Funktion, ist demnach kein Hoheitsrecht. Jede beliebige Metallwarenfabrik kann zu dieser Herstellung berechtigt werden. Der Staat prägt die Münzen als "Fabrikant von Gold- und Silberwaren"[4]

---

1) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 490.
2) Dieses Nebeneinander verschiedener Rechtsinhalte innerhalb eines einzigen Regals hat man bereits vor der Kodifizierung des Preuss. Allg. Landrechts in Theorie und Praxis erkannt und hervorgehoben. Man hatte im Begriff der Regalien das allgemeine polizeiliche Oberaufsichtsrecht von der nutzbaren Seite (die Regalhoheit, Regalherrlichkeit von der Regalnutzung) gesondert. Vgl. E. KAUFMANN in HbStaVR III S. 706 Art. Verwaltung, Verwaltungsrecht. Vgl. auch HATSCHEK in VerwArch. Band 7 S. 455 f.
3) LABAND, Staatsrecht III S. 72.
4) Siehe oben Anm. 3

An dieser beispielhaften Untersuchung des Münzregals wird sichtbar, wie notwendig es ist, für jede rechtliche Charakterisierung staatlicher Rechte deren Inhalt mit in die Betrachtung einzubeziehen. Ähnliche Differenzierungen wie innerhalb des Münzregals lassen sich treffen beim Post- und Telegrafenregal sowie beim Eisenbahnregal[1], beim Monopolsystem der Einfuhr- und Vorratsstellen, Kohlenverkaufsmonopol usw..

Zusammenfassend lässt sich also Folgendes feststellen:

Regalien sind p r i v a t e Rechte des Staates (ausschliessliche Rechte, Ausschlußrechte). Sie unterscheiden sich von den gewöhnlichen fiskalischen Rechten nur in bezug auf die Art ihrer Entstehung. Diese Abweichung ist für ihren Rechtscharakter unerheblich.

Die Einräumung der Zuständigkeit zur Wahrnehmung regalisierter Rechte ist kein Fall der Beleihung[2], bezweckt sie doch nicht die Einräumung einer Wahrnehmungszuständigkeit in bezug auf öffentlich-rechtliche Kompetenzen des Staates.

---

1) VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 74 bestreitet, daß es sich bei der Eisenbahn überhaupt um ein Regal handelt, während er andererseits (S. 70) darauf verweisen muß, daß man in neuerer Zeit wieder auf das Eisenbahnregal zurückkomme. Zum Eisenbahnregal vgl. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 479 ff., 548 ff.; JERUSALEM, VerwRecht S. 81 f.

2) So auch LIST, Verwaltungsrecht technischer Betriebe S. 68, wenn auch nicht so konsequent formuliert: "Wir stellen aber ausdrücklich fest, daß trotz dieser interessanten Verwandtschaft der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsinstitute der Verleihung und des Regals innerlich die Lehre von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens nicht mit der Lehre vom Regal verbunden ist".

Ausser den Regalien gibt es andere Staatskompetenzen, Rechte, die ausschliesslich dem Staat vorbehalten sind, die jedoch entscheidend von den Regalien abweichen im Hinblick auf ihren (Rechts-) Inhalt. Subjekt dieser sogenannten hoheitlichen Rechte (Kompetenzen) ist der Staat in seiner Sonderstellung als Subjekt hoheitlicher Gewalt.

Die zuständige Wahrnehmung dieser öffentlichrechtlichen Kompetenzen ist (möglicher) Gegenstand der von Privatrechtssubjekten ausgeübten staatlichen Funktionen.

§ 16: Beleihung und Konzession.

Die Ermittlung, ob es sich bei der Beleihung um eine "Konzession" handelt, führt in eine vornehmlich begrifflich-terminologische Problematik. Schwierigkeiten bereitet dabei weniger der Sinngehalt des Wortes Konzession als vielmehr die Bedeutung des Begriffes, zu dem das Wort geworden ist.

O. MAYER, HUBER, JERUSALEM, v. TUREGG, STERN und SCHLUTIUS[1] bezeichnen die Beleihung - einige sogar unter Aussparung dieses Wortes[2] - als eine Konzession.

---

1) O. MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 243; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 548; JERUSALEM, Verwaltungsrecht S. 81; v. TUREGG, Lehrbuch S. 305; STERN in AöR Band 84 S. 173; SCHLUTIUS, Diss. S. 32.
2) vgl. JERUSALEM, Verwaltungsrecht S. 81; SCHLUTIUS, Diss., in seiner ganzen Darstellung

Wenn hier die Beleihung charakterisiert wird als die Einräumung der Zuständigkeit zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen des Staates, so weicht die damit gegebene Begriffsbestimmung von den Definitionen der genannten Autoren in einem Maße ab, daß man sich fragen muß, ob bei diesen Wesensmerkmalen die Bezeichnung "Konzession" zutreffend ist.

Das Wort Konzession bezeichnet - wie das Wort Beleihung - zunächst nur einen Vorgang, in der wörtlichen Übersetzung von lat. "concessio" (concedere) = Einräumen, Zuwendung, Bewilligung (generatim), Zugestehen, Zugeständnis, Vergünstigung (speciatim), ohne daß damit irgendeine Subjekt- oder Objektbeziehung zum Ausdruck gebracht wird.

Zuwendungen können grundsätzlich zwischen allen Rechtssubjekten stattfinden. Im Sprachgebrauch des Rechts hat es sich jedoch so entwickelt, daß unter Konzessionen nur Zuwendungen von Seiten eines Hoheitssubjektes verstanden werden. Entsprechende Vorgänge zwischen Privatrechtssubjekten werden dagegen nicht als Konzessionen bezeichnet.

Für zuordnende Rechtshandlungen durch Hoheitssubjekte zu Gunsten von Zivilpersonen kommt eine Vielfalt verschiedener Objekte in Betracht. Nach dem Grad des jeweils damit verbundenen Rechtsschutzes spannt sich der Bogen von Auskünften, Bescheinigungen, wirtschaftlichen Vergünstigungen über Verstattungen, Gestattungen (Ausnahmebewilligungen)[1] bis zu subjektiven Rechten.

---

1) Wegen der Unterscheidung der einzelnen Rechtserscheinungen vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 48.

Sofern hoheitliche Rechtshandlungen zu Gunsten einer Zivilperson ein subjektives (öffentliches) Recht begründen, bezeichnet man dieses wie auch den Vorgang der Einräumung als Konzession. - In diesem Sinne definiert u.a. FLEINER die Konzession als ein Recht, das die Behörde "einem Privaten verleiht und das er bisher nicht besessen hat". "Seine individuelle Rechtssphäre wird erweitert"[1)]

Nach der voraufgehenden Erörterung über den ursprünglichen Wortsinngehalt wird einsichtig, daß diese Wortverwendung keineswegs aus logischen Gründen geboten ist. Sie ist vielmehr das Ergebnis einer sprachlichen Übung und weitgehenden begrifflichen Übereinkunft[2)].

---

1) FLEINER, Institutionen (4. Aufl.) S. 321. - Wegen dieser Qualität der Rechtseinräumung sprechen einige Autoren zur Verdeutlichung von "echten" Konzessionen, um den Unterschied zur schlichten Erlaubnis zu betonen. - Vgl. SCUPIN in Peters Handbuch II S. 630; VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 90 mit Literaturhinweisen. KORMANN, System S. 84: "Die Verleihung neuen Rechts", im Gegensatz zur von ihm sogenannten Autorisation. VON KÖHLER, Grundlehren S. 145, unterscheidet sachlich ebenso, terminologisch jedoch unzureichend zwischen uneigentlichen Konzessionen (Polizeierlaubnis) und eigentlichen Konzessionen. STERN, AöR Band 84 S. 149.

2) Viele Autoren zweifeln an einer übereinstimmenden Begriffsbestimmung innerhalb des Sprachgebrauchs. So schreibt z.B. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 90, daß das Wort Konzession zu oft gebraucht werde, um noch eine klare Verständigung zu ermöglichen. Er verweist mit Recht auf die grosse Verwirrung in der Darstellung von STIER-SOMLO, in HWbRW III S. 715, Artikel "Konzessionen". - E. KAUFMANN erklärt in WbStaVR III S. 713, daß unsere "Konzession" eben überhaupt kein einheitliches Rechtsinstitut sei. - STERN erklärt in AöR Band 84 S. 148, der Begriff der Konzession sei ohne einheitlichen juristischen Sprachgebrauch.

Andere Einräumungen wie z.B. die behördliche Erlaubnis (im engeren Sinn), auch Genehmigung genannt, oder Ausnahmebewilligungen, zuweilen auch "Dispens" genannt, haben nicht den Rechtscharakter von Konzessionen, da sie für ihren Destinatär kein (zusätzliches) volles subjektives R e c h t zur Entstehung bringen. Sie heben lediglich die durch den gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt angeordnete Freiheitsbeschränkung (wieder) auf[1].

Konzession ist demnach das durch Verleihung begründete volle subjektive Recht einer Zivilperson[2].

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die Kriterien der Beleihung und der Konzession, so wird man zunächst keine Bedenken haben, die Beleihung als einen Fall der Konzession anzusehen, vermittelt doch auch sie einem Privatrechtssubjekt von

---

1) MAYER, Dt. Verwaltungsrecht (2.Aufl.) I S. 255: "Die Erlaubnis bedeutet nur die Wiederherstellung der Freiheit, sie hat keinen eigenen Inhalt. Sie gibt dem Empfänger nichts Neues hinzu zu dem, was er ohnedies hat. - Eine übersichtliche Darstellung der diesbezüglichen Lehrmeinungen gibt BRAND, Diss. S. 35 ff.

2) Diese Auffassung wird nicht überall geteilt. Dabei ist der Widerspruch symptomatisch für die begriffliche Willkür, die das Wort Konzession ermöglicht. - KAUFMANN spricht in WbStaVR III S. 713 nur bei der polizeirechtlichen Genehmigung von Konzession. Ähnlich auch FRANK-VOSS, Güternahverkehr Erl. 2 zu § 81, die die Polizeierlaubnis als Konzession bezeichnen. - Diese Terminologie ist jedoch nur gelegentlich vertreten und steht im Gegensatz zur h.L. - Unrichtigerweise wird in diesem Sinne von Schauspiel- oder Gaststättenkonzession gesprochen.- HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 549, gibt dem mit der Konzession verliehenen subjektiven öffentlichen Recht einen sehr speziellen Sinn. - Zur Uneinheitlichkeit des Konzessionsbegriffes vgl. RICHTER in VVDStrL Heft 6 S. 89 und SCHMELLER, Diss. S. 134.

Seiten eines Hoheitssubjektes ein ihm bisher nicht zustehendes Recht. Die im Wege hoheitlicher Verleihung Zivilpersonen eingeräumten Rechte sind im Hinblick auf ihren Inhalt so unterschiedlich, daß man sie zweckmäßigerweise auch in der Bezeichnung dementsprechend kenntlich macht. Subjektive öffentliche Rechte betreffen - ausser den mit der Beleihung zugewiesenen Rechte - entweder den gesteigerten Sondergebrauch an öffentlichen Sachen oder den Betrieb von Anlagen oder Einrichtungen, der durch gesetzliche Anordnung einer Hoheitsperson vorbehalten ist[1)2)].

Durch das subjektive öffentliche Recht sollen die Interessen der Zivilpersonen gesichert und geschützt werden[3)].

Das Recht auf gesteigerten Sondergebrauch an einer öffentlichen Sache begründet die Befugnis zu einer in ihre Substanz eingreifenden Benutzung[4)5)]

---

1) Zum Sondergebrauch an öffentlichen Sachen vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 59; W.JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 511; PETERS, Lehrbuch S. 212. - FORSTHOFF, Lehrbuch S. 346 - Nutzungsverleihung = Konzession.
2) Zur Betriebserlaubnis vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht II § 104 I d 2.
3) Daneben besteht das subjektive private Recht des Benutzers, das aus dem mit dem Eigentümer abgeschlossenen Nutzungsvertrag resultiert. Vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 346.
4) Vgl. WOLFF, Verwaltungsrecht I § 59 II a.
5) Beispielsweise handelt es sich um solche Sondernutzungsrechte bei der Befugnis im Wasserrecht zur Ableitung von Wasser, Hebung oder Senkung des Wasserspiegels, im Wegerecht zur Verlegung von Schienen, Rohren und Kabeln in den Grundbesitz der öffentlichen Hand. Weitere Beispiele finden sich bei MAYER, Dt. Verwaltungsrecht II S. 97; W. JELLINEK, Verwaltungsrecht S. 511 f.; WOLFF, Verwaltungsrecht I § 59 II a und FORSTHOFF, Lehrbuch S. 346.

Der Inhalt einer derartigen Befugnis deckt sich nicht mit dem Inhalt der durch Beleihung eingeräumten öffentlich-rechtlichen Eigenkompetenz oder Berechtigung zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen des Staates. Bei der Einwirkung auf eine (öffentliche) Sache und der Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz handelt es sich um materiell verschiedene Tätigkeiten.

Im Interesse einer gelenkten und einheitlich organisierten leistungsfähigen Arbeitsweise hat der Staat den Betrieb bestimmter Anlagen und Einrichtungen, die für die soziale Wohlfahrt von Bedeutung sind, von einer Betriebsgenehmigung abhängig gemacht[1]. Motiv dieser Genehmigungspflicht ist die Anteilnahme der Öffentlichkeit und die soziale Bedeutung, die den Unternehmen dieser Art über ihre privat-gewerbliche Funktion hinaus zukommen[2]. So begründet der Staat zum Zwecke der Förderung des Gemeinwohls seinen Vorbehalt mit der Notwendigkeit einer präventiven Kontrolle und fortdauernden Überwachung dieser Betriebe. Unter diesem Gesichtspunkt stellt er die Eröffnung und Aufnahme bestimmter Betriebe unter den Vorbehalt eines

---

1) Vgl. dazu beispielsweise die amtliche Begründung zum Energiewirtschaftsgesetz (veröffentlicht bei EISER-RIEDERER, Energiewirtschaftsrecht I S. 11), worin auf die drei Grundforderungen der Volkswirtschaftspolitik verwiesen wird: 1. Möglichst wirtschaftliche Produktion, 2. möglichst soziale Verteilung des Produktionsertrages und 3. möglichste Sicherstellung der Energieversorgung.

2) Zu dieser Problematik der hoheitlichen Gestaltung der Wirtschaftsentwicklung bestimmter Unternehmen vgl. FORSTHOFF, Lehrbuch S. 68.

verliehenen Betriebsrechtes. Als Beispiele lassen sich gegenwärtig u.a. Personenbeförderungs-, Energieversorgungsunternehmen[1], Apotheken[2], Börsen und Markscheider anführen[3]. Mit der Genehmigung erlangen sie ein (subjektives öffentliches) Betriebsrecht[4].

Dieses Recht beinhaltet nicht die Befugnis zur Wahrnehmung einer staatlichen Kompetenz, da der Staat nicht Subjekt einer Kompetenz zum Betrieb von Apotheken, Börsen, Personenbeförderungs- oder Energieversorgungsunternehmen ist. Vielmehr hat er nur die Kompetenz, interessierten Personen oder Gesellschaften das zum Betrieb erforderliche Recht zu erteilen oder - unter bestimmten Voraussetzungen - zu versagen[5].

---

1) Die Notwendigkeit einer Betriebserlaubnis für Elektrizitätsversorgungsunternehmen verneint STERN in AöR Band 84 S. 152. - Siehe demgegenüber § 5 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935.
2) Das OVG Rheinland-Pfalz in DöV 1958 S. 797 verwendet bei Apotheken statt der Bezeichnung "Konzession" den Ausdruck "Betriebserlaubnis".
3) Einige Autoren zweifeln mit zum Teil beachtlichen Gründen an der Kompetenz des Staates zum Betrieb von Eisenbahnunternehmen und zählen die sogenannten Eisenbahnkonzessionen zu den Betriebsrechten. Vgl. z.B. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 74. - Es ist hier nicht der Ort, diese Spezialfrage eingehend zu erörtern.
4) Zu der Theorie des subjektiven Betriebsrechts - insbesondere bei der Konstruktion der Eisenbahnkonzession - vgl. VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 90 ff. und S. 206 ff. mit zahlreichen Literaturhinweisen. Vgl. auch HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S. 549.
5) Interessant und beachtlich ist in diesem Zusammenhang die von VOGEL, Wirtschaftseinheiten S. 211 ff. neuerdings vorgeschlagene Konstruktion der "Widmung eines Unternehmens für einen öffentlichen Zweck". Das zwischen Hoheitsträgern und verpflichteten privaten Unternehmen bestehende Verhältnis lasse sich durch die Konzessionierung nicht ausreichend erklären.

Das mit der Beleihung zugewiesene Recht unterscheidet sich von dem Betriebsrecht in seiner gegenständlichen Beziehung. Während die Beleihung berechtigt zur Wahrnehmung staatlicher Berechtigungen und (oder) Verpflichtungen, enthält das Betriebsrecht die Befugnis zur Verfolgung von Interessen der eigenen Rechtssphäre[1]. Übereinstimmung besteht insofern, als beide Rechte auf Grund staatlichen Rechtsaktes zugeordnet werden.

Diese geringfügige Gemeinsamkeit steht zu den materiellen Differenzen der zwei Rechtsarten in so erheblichem Mißverhältnis, daß eine entsprechend unterschiedliche Bezeichnung geboten ist.

Wenn man diesem Anliegen Rechnung trägt, ist es sinnvoll, im Rahmen des Rechtsinstituts der Beleihung das Wort "Konzession" aufzugeben[2].

---

1) Es ist unrichtig, bei den Energieversorgungsunternehmen von der Erteilung sowohl einer Betriebserlaubnis als auch einer Berechtigung und (oder) Verpflichtung zur Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen auszugehen. Dieser Fehler wird zuweilen gemacht und kommt darin zum Ausdruck, daß man z.B. von einer Enteignungsbefugnis dieser Unternehmen spricht. Eine Enteignungsbefugnis ließe in der Tat auf eine Wahrnehmungszuständigkeit hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Kompetenzen schliessen. In Wirklichkeit gibt die Verleihung des "Enteignungsrechts" den Unternehmern jedoch nicht etwa die Befugnis, selber zu enteignen, sondern nur einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegenüber den zuständigen Behörden auf Durchführung des Enteignungsverfahrens. Vgl. statt vieler BOYENS in HböGR I S. 1010.

2) Denselben Vorschlag - wenn auch aus anderer Perspektive - macht auch BRAND, Diss. S. 43. Der Begriff der Konzession sei zu mehrdeutig, um einer juristischen, einwandfreien Abgrenzung (der Beleihung) dienlich zu sein und sollte daher besser vermieden werden. - Ähnlich äussert sich auch HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (1.Aufl.) S. 54, wiewohl sich dabei sein Angriff gegen das Wort generell und nicht in dieser Verwendung richtet. In der 2. Auflage hat er diese Ansicht nicht mehr geäussert.

Der Gebrauch des Wortes beschränkt sich demnach auf die Bezeichnung der von einem Hoheitssubjekt einer Zivilperson verleihbaren Rechte zur gesteigerten Sondernutzung an öffentlichen Sachen oder zum Betrieb von Anlagen oder Einrichtungen, der unter dem Vorbehalt staatlichen Verleihungsrechts steht.[1)]

Für die terminologische Differenzierung bieten sich zwei Bezeichnungen an, die von einigen Autoren verwendet werden[2)]. Sie stellen der Beleihung die Verleihung gegenüber. Im Hinblick auf die voraufgehenden Überlegungen erfaßt man als V e r - leihung die Einräumung von Konzessionen, also gesteigerten Sondernutzungsrechten und Betriebsrechten. Demgegenüber beinhaltet die Beleihung ausschliesslich die im Rahmen der Staatsorganisation vorgenommene Einschaltung von Privatrechtssubjekten zur Wahrnehmung eigener oder staatlicher öffentlich-rechtlicher Kompetenzen.

---

1) Betriebsrecht und Recht zur Ausübung eines staatlichen Regals unterscheiden sich wiederum darin, daß das Betriebsrecht nicht die Ausübung eines staatlichen Rechtes betrifft.
2) Vgl. BRAND, Diss. S. 41 mit Literaturhinweisen.

Lebenslauf:

Ich wurde am 26. August 1933 in Rheine (Westf.) geboren als Sohn des Facharztes Dr. med. Josef Terrahe und seiner Ehefrau Toni Terrahe, geb. Tacke. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit.

Nach Besuch der Volksschule in den Jahren 1940 - 1943 bestand ich die Aufnahmeprüfung am Gymnasium Dionysianum in Rheine. Infolge der Kriegswirren wurde der Unterricht für ein Jahr unterbrochen. Im Februar 1953 absolvierte ich das Abitur der neusprachlichen Sparte.

Zum Wintersemester des gleichen Jahres begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft an der Universität in Freiburg (Br.), wechselte nach jeweils zwei Semestern zur Universität München und von dort zur Universität Münster. Nach insgesamt sieben Semestern meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung, die am 22. März 1958 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm stattfand. Seit dem 20. April 1958 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst.